Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück
geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte
auf der Friedrich-Alexanders Universität
in Erlangen.

Vier und zwanzigsten Theils erste Abtheilung.

Erlangen
in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.
1823.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Fortsetzung

des Commentars über den Titel der Pandecten.

De ritu nuptiarum.

§. 1216. b.

Ehebruch, als vernichtendes Ehehinderniß, nach dem canonischen Rechte.

Ich komme nun 2) auf das Eheverbot des canonischen Rechts wegen verübten Ehebruchs, und bemerke zuvor im allgemeinen, daß zwar dasselbe anfangs dem Eheverbote des römischen Rechts durch den erweiterten Begriff des Ehebruchs eine noch größere Ausdehnung gegeben, nachher aber durch Gratian's schlechte Erklärung einiger Kirchen-Canonen, welcher die Päbste in ihren neuern Verordnungen blindlings folgten, auf eine zu nachsichtige Art modificirt hat. Die ältern Canonen bis auf Gratian kennen keine Einschränkung dieses Eheverbots, und die neuern Rechtsgelehrten [1]), welche schon vor Gratian eine solche Ein-

1) S. Ed. Schrader's Abhandlungen aus dem Civil-Rechte. 1. B. Nr. I. §. 4.

schränkung, als in den Decretalen der Päbste ausgesprochen wird, in den Aussprüchen der Kirchenväter, und den Canonen der Concilien zu finden vermeint haben, sind, wie Gratian, durch Mißverstand irregeleitet worden. Zwar könnte es scheinen, schon Augustinus, ein kirchlicher Schriftsteller des fünften Jahrhunderts, habe gesagt, das von ihrem Manne verstoßene Weib könne nach desselben Tode eine gültige Ehe mit dem selbst schließen, mit welchem sie vorher Ehebruch begieng. Wie verführerisch sind nicht die Worte dieses Kirchenvaters bey Gratian *can.* 2. *C. XXXI. Qu.* 1.

Denique mortuo viro, cum quo verum connubium fuit, fieri potest coniugium, cum quo praecessit adulterium?

Nun haben freylich wohl die römischen Correctoren dabey bemerkt, in den Ausgaben der Werke des Augustinus, und in einer vatikanischen Handschrift, auch in einem Exemplar von Gratian's Decrete heiße es: *fieri verum connubium non potest;* und hiermit wäre denn, falls diese Leseart richtig wäre, alle Schwierigkeit gehoben [2]). Allein dieselben römischen Correctoren fügen ja hinzu, in zwey neuern vatikanischen Handschriften fehle die Negation. Sie scheinen es also in Ungewißheit gelassen zu haben, welcher Leseart sie den Vorzug geben. Soviel ist gewiß, daß Gratian's Handschrift so las, wie der *can.* 2. enthält. Dies beweist Gratians Bemerkung

2) Der negativen Leseart geben auch wirklich Cujacius Commentar. in Tit. 7. libri IV. Decretal. ad Cap. 1. de eo, qui duxit in matrim. Alteserra Innocentius III. ad cap. 6 et 7. X. de eo, qui duxit in matrim. quam polluit per adult. pag. 514. und *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. 8. §. 2. den Vorzug.

bey diesem Texte, und auch die **Benedictiner**, welche gewiß bey ihrer Ausgabe der Werke des **Augustinus** mit kritischer Genauigkeit alles prüften, melden uns, daß in den besten Handschriften die Negationspartikel nicht befindlich sey. Vergleicht man aber die vom **Gratian** excerpirte Stelle des afrikanischen Bischofs in ihrem Zusammenhange, aus welchem sie gerissen ist, so wird es klar werden, daß sie unser Eheverbot gar nicht betreffe. Die Stelle selbst ist aus des AUGUSTINI *libris de nuptiis et concupiscentia ad* VALERIUM, Comitem publicis negotiis praefectum, und zwar Lib. I. cap. 10.[3]) genommen, und lautet im Zusammenhange folgendermassen: Hoc custoditur in Christo et Ecclesia, ut vivens cum vivente nullo divortio in aeternum separetur. — Quod si quisquam fecerit, non lege huius saeculi, ubi, interveniente repudio, sine crimine conceditur cum aliis alia copulare connubia, quod etiam sanctum *Moysem* Dominus propter duritiam cordis illorum Israelitis permisisse testatur, sed lege Evangelii reus est adulterii, sicut etiam illa, si alteri nupserit. Usque adeo manent inter viventes semel inita iura nuptiarum, ut potius sint inter se coniuges, qui ab alterutro separati sunt, quam cum his, quibus aliis adhaeserunt[4]). Cum aliis quippe adulteri non essent, nisi ad alterutrum coniuges permanerent. *Denique mortuo viro, cum quo verum connubium fuit, fieri verum connubium potest, cum quo prius adulterium fuit.*

3) In der Ausgabe der **Benedictiner** Vol. X.

4) Diese Worte kommen auch im **Decrete** vor *can.* 28. *Caus. XXXII. Qu.* 7.

Ita manet inter viventes quiddam coniugale [5]), quod nec separatio, nec cum altero copulatio possit auferre; manet autem ad noxam criminis, non ad vinculum foederis, sicut apostata anima velut de coniugio Christi recedens, etiam fide perdita Sacramentum fidei non amittit, quod lavacro regenerationis accepit. Aus diesem Zusammenhange der Worte ergiebt sich, daß Augustin hier gar nicht von dem Falle spricht, da der Ehebrecher die Ehebrecherin heyrathet; denn zwischen diesen kann auch nach dem Tode des unschuldigen Ehegatten keine rechtmäßige Ehe bestehen, wie oben aus den römischen Gesetzen erwiesen worden ist, von denen Augustin keinesweges abweichen wollte. Es ist vielmehr von dem Falle die Rede, da eine Ehe beym Leben der Ehegatten durch ein Divortium ist aufgehoben worden, welches zwar die weltlichen Gesetze für gültig erklären, aber das Gesetz Christi mißbilliget. Jene erlauben auch dem geschiedenen Ehegatten die zweyte Ehe; allein nach dem Gesetz des Evangeliums bleiben sie, der Scheidung ungeachtet, noch immer Ehegatten; sie begehen also einen Ehebruch, wenn sie zur andern Ehe schreiten. Anders verhält sich's, wenn der Mann todt ist, mit welchem die geschiedene Frau in rechtmäßiger Ehe lebte. Hier kann sich die Frau wieder verheyrathen, und die Ehe, die früher (prius) d. h. beym Leben des Mannes ein Ehebruch war, ist jetzt eine rechtmäßige Ehe. So hat auch Berardi [6]) die Stelle des Augustinus

5) In dem angeführten *can.* 28. heißt es: quoddam vinculum coniugale.

6) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti etc. P. III. Cap. XIX. pag. 310. und Berardus Com-

ganz richtig erklärt, und anders versteht sie auch Gratian nicht, wenn er bey diesem Canon bemerkt, Augustin rede von einer uxore repudiata, quam dum *vivente viro suo* quicunque ducit in coniugium, committit adulterium.

Gleiche Bewandniß hat es mit dem Concilium Meldense, welches zur Zeit Carls des Kahlen zu Meaux im Jahre 845. gehalten worden ist. Dieses soll cap. 69. erlaubt haben, daß, nach beendigter öffentlicher Buße, wenn Jugend und Unenthaltsamkeit es foderte, Ehebrecher und Ehebrecherin sich heyrathen dürften, falls sie nur nicht den unschuldigen Ehegatten ermordet hätten, oder zu nahe Verwandtschaft, oder irgend eine actio criminalis im Wege stünde. Gratian hat diesen Canon unrichtig dem Concilium zu Tribur vom J. 895. zugeeignet [7]. Es ist *can.* 5. *Caus. XXXI. Qu.* 1. deßen Worte bey Gratian folgendermaßen lauten:

Si quis, vivente marito, coniugem illius adulterasse accusatur, et eo in proximo defuncto, eandem sumsisse dignoscitur, omnimodis publicae poenitentiae subiiciatur. De quo etiam post

mentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. V. §. Naturalibus. pag. 122. sq.

7) Burchard und Ivo, denen sonst Gratian zu folgen pflegt, citiren zwar beyde diesen Canon richtig ex Concilio Meldensi, wie auch die römischen Correctoren bemerkt haben. Allein in Ivo's Decrete P. VIII. Cap. 201. sind auf dem Rande die Worte beygefügt: *Ex Concilio Triburiensi* Cap. 51. Gratian hielt dieses für eine verbesserte Leseart, was nur als Parallelstelle angemerkt war; und täuschte sich.

poenitentiam praefata, si expedierit, servabitur regula: *nisi forte vir*, (oder wie es in dem Concilium richtiger heißt, idem) *aut mulier virum, qui mortuus fuerit, occidisse notentur*, aut propinquitas, vel alia quaelibet actio criminalis impediat. *Quod si probatum fuerit, sine ulla spe coniugii maneant perpetuo cum poenitentia.*

Soviel der Worte bey Gratian. Weggelassen, und nothwendig zu ergänzen sind folgende:

Si autem negaverit, se eandem foeminam, vivente marito, nequaquam adulterasse, et praefati homicidii nemo eorum reus extiterit, et probatis testibus neuter eorum convinci potuerit, purgent legaliter famam suae opinionis, et sumto utantur coniugio, si alia, ut diximus, non praepedit ratio [8]).

Die oben durch die verschiedene Schrift ausgezeichneten Worte: *nisi forte vir — occidisse notentur*, sind es, welche die Meinung veranlaßt haben, als ob das Concilium zu Meaux die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin nur in dem Falle verboten habe, wenn sie den unschuldigen Ehegatten ermordet hätten. Allein daß es den Vätern dieses Conciliums nicht eingefallen ist, die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin in irgend einem Falle zu erlauben, wird sofort einleuchten, wenn dieser Canon im Zusammenhange mit den vorhergehenden betrachtet wird, welches hier um so nothwendiger

8) Sirmond Concil. Galliae Tom. III. pag. 19. sq. Harduin Concil. Tom. IV. pag. 1478. Mansi Concil. Tom. XIV. pag. 835.

ist, da sich ja der Canon auf eine praefata regula bezieht, welche hier angewendet werden soll. In dem Cap. 65. dieses Conciliums ist von dem Ehehinderniß der Entführung die Rede. Es wird darin die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten schlechterdings verboten. Beyde sollen von einander getrennt, und der öffentlichen Buße unterworfen, die Entführte aber ihren Eltern zurückgegeben werden. Nach gethaner öffentlichen Buße, wenn Jugend und Unenthaltsamkeit es forderte, sollen beyde nach ihrem Belieben heyrathen dürfen, aber, wie sich aus dem Vorhergehenden von selbst ergiebt, nicht einander, sondern sie können mit dritten Personen sich verheyrathen. Gratian führt diesen Canon selbst an, *can.* 10. *Caus. XXXVI. Qu.* 2. und bemerkt dabey ausdrücklich, daß daraus auf keine Weise bewiesen werden könne, als ob der Entführer die Entführte heyrathen dürfe. Er führt dabey noch einen sehr einleuchtenden Grund an. In demselben can. 65. wird nämlich noch die Frage entschieden, wenn einer von den Verheyratheten stirbt, und der überlebende gerade derjenige ist, der öffentlich Buße gethan hat, ob demselben eine anderweite Verheyrathung zu gestatten sey? Wie konnte eine solche Frage entstehen, wenn der verstorbene Ehegatte der Mitverbrecher gewesen wäre? Dieß ist nun die praefata regula, welche auch bey den Ehebrechern, si expedierit, beobachtet werden soll. Dieser Regel gemäß, soll also auch dem Ehebrecher, so wie der Ehebrecherin, nach vollbrachter öffentlichen Buße, erlaubt seyn zu heyrathen, aber nicht einander, sondern mit andern Personen soll ihnen die Ehe gestattet seyn; und nun wird die Ausnahme hinzugefügt: *nisi forte idem, aut mulier virum, qui mortuus fuerat, occidisse notentur.* In diesem Fall sollen sie ohne alle Hoffnung,

jemals heyrathen zu dürfen, zur ewigen Buße verdammt seyn [9]). Erwiesen wäre also, daß die Väter des Conciliums zu Meaux eben so wenig, als der ehrwürdige Vater Augustin, die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin in irgend einem Falle, weder beym Leben, noch nach dem Tode des unschuldigen Ehegatten, gebilliget haben. Eben so unbedingt wird sie von dem zu Tribur im J. 895. unter dem König Arnulph gehaltenen National-Concilium der Deutschen verbóten. Es kommen hier besonders zwey Canonen dieses Conciliums in Betrachtung, can. 40. und can. 51. Der erste lautet folgendermaßen:

Audivimus rem execrabilem, et Catholicis omnibus detestandam, quendam nefario fornicationis opere alicuius uxorem, vivente eo, commaculasse, et in argumentum iniquitatis iuramento confirmasse, si eius legitimum supervixissent ambo maritum, ut ille fornicator illam adulteram adul-

9) Man vergleiche hier vorzüglich Berardus ad Gratiani canones. P. I. Cap. LIX. ad can. 5. C. XXXI. Qu. 1. pag. 428—430. Zwar wendet man gegen diese Erklärung ein, es stehe ihr der Umstand entgegen, daß nahe Verwandschaft, also mit dem Ehebruche verbundene Blutschande, mit völliger Ehelosigkeit zu bestrafen, gegen alle Analogie seyn würde. Allein wie wenig dieser Umstand unserer Erklärung entgegen sey, beweist can. 67. wo von denen, welche Nonnen entführen, ebenfalls gesagt wird: *Uterque autem sine ulla spe uxoriae copulationis perenniter maneant.* Für ein ewig dauerndes Ehehinderniß wird ja sogar quaelibet actio criminalis gegen den Ehebrecher erklärt. Wie gewöhnlich die Strafe des Cölibats im canon. Rechte sey, beweist auch *can.* 2. *C. XXX. Qu.* 1.

terio pollutam sibi associaret thoro, et legitimo matrimonio, si hoc iure dici matrimonium potest, per quod oriuntur, quae Apostolus enumerat, mala, quae sunt fornicatio, immunditia, luxuria, etc. ad ultimum vero veneficia, et homicidia. — Tale igitur connubium anathematizamus, et Christianis omnibus obseramus. *Non licet ergo, nec christianae religioni oportet, ut ullus ea utatur in matrimonio, cum qua prius pollutus est adulterio* [10]).

Im Auszuge hat Gratian diesen Canon in seinem Decret *can.* 4. *C. XXXI. Qu.* 1. Hier wird nun zwar der besondere Fall eines bey Lebzeiten des unschuldigen Ehegatten erfolgten Eheversprechens zwischen den Ehebrechern entschieden, aber doch das Eheverbot auf diesen Fall keineswegen beschränkt; es wird vielmehr die allgemeine Verordnung hinzugefügt, daß es Niemand erlaubt sey, diejenige Person zu heyrathen, mit welcher er vorher Ehebruch verübt hat [11]).

Der *Can.* 51. *Concilii Triburiensis*, woraus bey Gratian der *can.* 1. *Caus. XXXI. Qu.* 1. excerpirt ist, welcher aber unrichtig dem P. Leo dem Großen ist zugeeignet worden, bestätigt das Nämliche mit ausdrücklicher Beziehung auf die bestehenden Canones. Er lautet also:

Illud vero *communi decreto secundum Canonum instituta* definimus et praeiudicamus, ut si quis

10) Harduin Concil. Tom. VI. P. I. pag. 452. Mansi Concil. Tom. XVIII. pag. 152.

11) Z. *van* Espen Commentar. brev. in secund. Partem Gratiani ad Caus. XXXI. (*Oper. a* Gibert *editor.* Tom. VIII. pag. 101.)

cum uxore alterius, vivente eo, fornicatus fuerit, moriente marito, synodali iudicio aditus ei claudatur illicitus, nec ulterius ei coniungatur matrimonio, quam prius polluit adulterio. *Nolumus enim, nec Christianae religioni oportet, ut ullus ducat in coniugium, quam prius polluit per adulterium* [12]).

Nur die letzten Worte hat Gratian in sein Decret aufgenommen, und diese vielleicht darum dem Pabst Leo zugeeignet, weil desselben in den vorhergehenden Canonen dieses Conciliums mehrmals, als can. 12. 29. und 38. Erwähnung geschieht [13]). Es beweist aber auch dieser Canon des Concilii Triburiensis die uneingeschränkte Allgemeinheit des Eheverbots wegen verübten Ehebruchs. Diese Allgemeinheit bestätiget ferner das erste zu Altheim unter dem K. Conrad im Jahr 916. gehaltene Concilium [14]), welches mit denselben Worten wiederholt, was der can. 51. des Conciliums zu Tribur bereits bestimmt hatte, wie aus *can.* 3. *Caus. XXXI. Qu.* 1. erhellet. Noch im elften Jahrhundert giebt die Kirchenversammlung zu Rouen vom J. 1072. can. 16. [15]) und die zu Nîmes vom J. 1069. can. 10. [16]) den vollgültigsten Beweis

12) Mansi Tom. XVIII. pag. 155.

13) S. Berardus ad Gratiani canones. P. II. Tom. I. Cap. XLII. pag. 300. in fin. et sq.

14) Man lese von diesem Concilio Altheimensi die Note Böhmers ad Can. 3. Caus. XXXI. Qu. 1. pag. 953. seiner Ausgabe des corp. iur. can.

15) Harduin Concil. Tom. VI. P. I. pag. 1188. Mansi Collect. Concilior. Tom. XX. pag. 39.

16) Harduin. Tom. VI. P. II. pag. 1743. Mansi Tom. XX. pag. 936.

von dem allgemeinen und uneingeschränkten Verbote der Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin. Zwar wird in dem angeführten *can. 6. Consilii Rothomagensis:* Ne quis uxorem ducat, quacum adulterii perpetrati, priore uxore superstite, infamia flagravit, der Grund beygefügt: *nam plurimi hac de causa suas* (sc. uxores) *interfecerunt.* Daß aber auf diesen Fall, der blos die Veranlassung gab, ein schon von mehreren Kirchenversammlungen sanctionirtes allgemeines Eheverbot zu erneuern, das Eheverbot selbst nicht habe eingeschränkt werden sollen, lehrt die allgemeine Fassung der Worte desselben.

So stand also bis auf Gratian das canonische Recht mit dem römischen Rechte im Betreff des Ehebruchs, als eines schlechterdings vernichtenden Ehehindernisses zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin, in dem vollkommensten Einklange. Erst durch die neuern Verordnungen der Päbste ward dieses Eheverbot eingeschränkt, wozu Gratians irrige Erklärung der angeführten Canonen, und das große Ansehen seines Decrets die Veranlassung gab. Gratian hatte nämlich die oben angeführten Schlüsse der Concilien zu Meaux, Tribur und Altheim so verstanden, als ob darin die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin nur in zwey Fällen wäre untersagt worden, nämlich wenn sie auf das Leben des unschuldigen Ehegatten Anschläge gemacht, oder schon bey Lebzeiten desselben einander die Ehe versprochen hätten, wie aus der dem *Can. 3. C. XXXI. Qu. 1.* beygefügten Note Gratian's ersichtlich ist, wo er sagt: *Hic subaudiendum est, nisi prius peracta poenitentia, et si nihil in mortem viri machinatus fuerit: vel si vivente viro fidem adulterae non dedit, se sumptu-*

rum eam sibi in coniugem, si viro eius superviveret.

Daß schon vor ihm der Bischof Ivo von Chartres durch sein Decret diese Einschränkung befördert habe, ist unerweislich. In dem 9. Theile, welcher von der Ehe handelt, ist freylich cap. 199. der daselbst angeführte can. 9. *Concilii Eliberitani* durch eine falsche Leseart entstellt. Es heißt nämlich daselbst: Item foemina fidelis, quae adulterum maritum reliquerit fidelem, et *adulterum* ducit, prohibeatur, ne ducat. Si autem duxerit, non prius accipiat communionem, quam is, quem reliquit, de saeculo exierit, nisi forte necessitas infirmitatis dare compulerit. Nicht die Ehefrau ist es, sondern der Ehemann, welcher hier als der ehebrecherische Theil genannt wird, den die Frau deswegen verlassen hatte. Dieselbe soll nun den Ehebrecher, oder einen Ehebrecher geheyrathet haben! Welcher Unsinn! In dem 9. Canon des Conciliums zu Elvira heißt es auch gar nicht, et *adulterum* ducit; sondern et *alterum* ducit. So liest auch Gratian, der doch gewöhnlich dem Ivo und Burchard folgte, aber diesen Canon an einem ganz andern Orte, nämlich *Causa XXXII. Qu. 7. can.* 8. anführt, wo er die Frage abhandelt, ob es dem Ehegatten, der sich von dem andern Ehegatten der Hurerey wegen getrennt hat, bey dessen Leben zur andern Ehe zu schreiten erlaubt sey? Offenbar kann dieses nur von dem unschuldigen Ehegatten zu verstehen seyn; und dieser ist in unserm Canon die Ehefrau. Hielt man nun gleich in einem solchen Falle die Ehescheidung selbst nach dem Gesetz des Evangeliums für erlaubt, so waren doch die Väter der orientalischen und occidentalischen

Kirche in Ansehung der Wiederverheyrathung verschiedener Meinung, indem jene dem geschiedenen Ehegatten, nämlich dem unschuldigen, sogleich zur andern Ehe zu schreiten erlaubten, letztere aber erst nach dem Tode des schuldigen Theils, und nahmen nur den Fall aus, wenn Unenthaltsamkeit des geschiedenen Ehegatten, eine Erlaubniß zur Wiederverheyrathung bey Lebzeiten des andern Ehegatten nothwendig mache [17]. Wie kann also hier als Regel sanctionirt seyn, daß der Ehebrecher die Ehebrecherin heyrathen könne? oder wie konnte Ivo durch Verfälschung des Canons diesen Satz aufstellen, da er nicht nur gleich nachher Cap. 200. einen Canon aus einem Afrikanischen Concilium des Inhalts anführt, daß die geschiedenen Ehegatten nach der Lehre Christi und seiner Apostel nicht wieder heyrathen, sondern entweder ledig bleiben, oder sich wieder aussöhnen sollten; sondern auch nachher alle die oben angeführten Concilienschlüsse, und noch mehrere andere der Reihe nach auf einander folgen läßt, welche die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin schlechterdings verbieten? Was wir aber bey Ivo finden, finden wir auch wörtlich bey Regino [18]) und Burchard [19]), so daß also auch Ivo deshalb eben so wenig eine Auszeichnung verdient, als den übrigen Sammlern vor Gratian zum Vorwurf gemacht werden kann, sie hätten sich wenig auf dieses Ehehinderniß eingelassen.

17) S. Berardus ad Gratiani canones. P. I. Cap. II. ad can. 8. Caus. XXXII. Qu. 7. pag. 26.

18) *De ecclesiast. disciplinis.* Lib. II. cap. 103.

19) *Decretum.* Lib. IX. Cap. 63—74.

Es war also vor Gratian gewiß kein Anderer, der so, wie er, durch Mißverstand, das Eheverbot zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin eingeschränkt hätte. Er war es daher, welcher durch seinen Irrthum zu der unseligen Lehre die Veranlassung gab, die wir in den Decretalen der Päbste finden. Darin sind auch die berühmtesten Canonisten [20]) einverstanden. Zwar beruft sich der Pabst Alexander III. in dem *cap.* 1. X. *de eo, qui duxit in matrimonium, quam polluit per adulterium* ausdrücklich noch auf die Canonen, welche die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin verbieten, und führt den Fall eines bey Lebzeiten des unschuldigen Ehegatten erfolgten Eheversprechens, oder gemachter Anschläge auf desselben Leben nur als Verstärkungsgründe jenes Eheverbots an [21]). Allein da dieses

20) Cujacius Commentar. in Tit. VII. Lib. IV. Decretal. ad cap. 1. de eo, qui duxit in matrim. quam polluit per adult. adj. Tom. III. *Oper. postumor* pag. 348. *van* Espen iur. eccl. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. VIII. §. 5. Desselben brevis Commentar. in II. Partem Gratiani ad Caus. XXXI. Oper. Tom. VIII. pag. 101. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. VII. §. 2. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 5. pag. 122. et in Gratiani canones. P. I. Cap. LIX. ad can. 5. C. XXXI. Qu. 1. pag. 429. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 492. *Paul. Jos. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 163.

21) *Cap.* 1. *cit.* Alexander *III.* Propositum est nobis, quod vir quidam uxorem habens, sibi aliam, huiusmodi rei insciam, copulavit, sed, prima mortua, nititur discedere a secunda, asserens, quod, uxore sua vivente, eam non licuerit sibi copulare. *Licet autem*

Verbots hier nur als Zweifelsgrund bey Entscheidung eines Falles gedacht wird, wo der Ehemann bey Lebzeiten seiner Frau eine andere geheyrathet hatte, und das Eheverbot darum nicht angewendet werden konnte, weil die Frau von der früheren Verheyrathung ihres Mannes nicht unterrichtet gewesen; so hat sich nachher der Pabst in einer andern Verordnung vom J. 1180. darüber näher erklärt, als ihm die Frage, ob eine Ehe den Rechten nach zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin bestehen könne? zur Entscheidung besonders war vorgelegt worden. Es ist *cap.* 3. *X. eodem.*

Super hoc vero, quod de latore praesentium tuis litteris quaesivisti, an liceat alicui cum ea contrahere matrimonium, quam, uxore sua vivente, sibi de facto matrimonio copulavit, tuae sollicitudini taliter respondemus, *quod, si adultera est in mortem uxoris aliquid machinata, sive iste fidem dedit, sive non, quod, ea defuncta, hanc esset ducturus, secundum canones ab eius consortio prohibetur, et haec prohibitio perpetuo est servanda.*

Doch auch hier mußte man erst noch durch einen Schluß auf das Gegentheil, der, wie bekannt, oft

in canonibus habeatur, ut nullus copulet matrimonio, quam prius polluerat adulterio, et illam maxime, cui fidem dederat, uxore sua vivente, vel quae machinata est in mortem uxoris; quia tamen praefata mulier erat *inscia*, quod ille aliam haberet uxorem viventem; nec dignum est, ut praedictus vir, qui scienter contra canones venerat, lucrum de suo dolo reportet: consultationi tuae taliter respondemus, *quod, nisi mulier divortium petat, ad petitionem viri non sunt aliquatenus separandi.*

sehr unsicher ist, zu der Entscheidung gelangen, daß der Ehebruch allein, ohne Nachstellungen nach dem Leben, oder ohne, während der ersten Ehe, erfolgten Eheversprechen, kein Ehehinderniß enthalte. Kein Wunder, wenn wegen der Zuläßigkeit der Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin noch immer Zweifel entstanden, welche Anfragen veranlaßten. Erst der Pabst Innocenz III. war es daher, welcher die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin geradezu für rechtmäßig erklärte, wenn anders weder Nachstellungen nach dem Leben des unschuldigen Ehegatten geschehen sind, noch beym Leben desselben ein Eheversprechen zwischen denselben erfolgt ist. Sein Schreiben an den Bischof zu Spoleto [22]) vom J. 1198. ist das *cap.* 6. X. *eodem* folgenden Inhalts.

Significasti nobis, quod cum P. civis Spoletanus, quandam M. mulierem duxisset legitime in uxorem, ea relicta, cuidam meretrici adhaesit. [Et cum ab eius contubernio ad torum non posset legitimum revocari: vos in eum excommunicationis sententiam protulistis.] Verum cum medio tempore uxor ipsius fuisset viam universae carnis ingressa: meretricem, cui adhaeserat, desponsavit [23]). Nos igitur inquisitioni

22) Eigentlich an das Capitel zu Spoleto. *Capitulo Spoletano* ist die Ueberschrift in den von *Steph.* Baluzius herausgegebenen Epistolis *Innocentii III.* (*Paris.* 1682. f.) Tom. I. Lib. I. Epist, 102. pag. 56. Daher heißt auch der Anfang: *Significastis nobis per literas vestras.*

23) In dem Schreiben des Pabstes bey Baluz folgen die Worte: *Propter quod a nobis requiritis, quid sit vobis in hoc articulo faciendum.*

tuae [24]) secundum formam canonicam taliter respondemus, *quod, nisi alter eorum in mortem uxoris defunctae fuerit machinatus, vel, ea vivente, fidem sibi dederint de matrimonio contrahendo, legitimum iudices* [25]) *matrimonium supradictum*, excommunicato munus absolutionis, *si petierit*, iuxta formam ecclesiae impensurus.

Hat Jemand sich bey Lebzeiten seiner Ehefrau mit einer Andern versprochen, ohne jedoch sich mit ihr fleischlich vergangen zu haben, so wird dadurch die Ehe mit derselben nach dem Tode der Frau nicht gehindert [26]).

Cap. 8. X. *de eo, qui duxit etc.* Gregorius IX. fratri R. ann. 1236. Si quis, uxore vivente, fide data promisit, aliam se ducturum, vel cum ipsa de facto contraxit, *si nec ante, nec post, legitima eius superstite, cognovit eandem*; quamvis utrique ipsorum pro eo, quod in hoc graviter deliquerint, sit poenitentia iniungenda: *non est tamen matrimonium, quod cum ea contraxit, post uxoris obitum dirimendum.* Caeterum tolerari non debet, si prius vel postea, dum vixerit uxor ipsius, illam adulterio polluisset.

Hätte aber eine Ehefrau mit einem Andern auf das Leben ihres Mannes Anschläge gemacht, um jenen heyrathen zu können, ohne jedoch mit ihm Ehebruch begangen zu haben, so kann zwar der Mann das verrätherische

24) Inquisitioni *vestrae.*

25) *Matrimonium illud legitimum iudicetis.*

26) Boehmer iur. ecclesiast. Protestant. Tom. III. Lib. IV. Tit. VII. §. 6.

Weib verstoßen, und wenn er will, eine Andere heyrathen; allein der Verrätherin, zur ewigen Buße verdammt, ist die Ehe weder mit dem Mitverbrecher noch mit einem Andern erlaubt [27]).

Can. 6. *Caus.* XXXI. *Qu.* 1. (Ex Concilio *apud Vermerias* anni 752.) [28]). Si qua mulier in mortem mariti sui cum aliis consiliata sit, et ipse vir aliquem illorum se defendendo occiderit, si probare potest ille vir, eam ream esse consilii, potest, ut nobis videtur, ipsam uxorem dimittere, et, si voluerit, aliam ducere [29]). *Ipsa autem insidiatrix poenitentiae subiecta, absque spe coniugii maneat.*

Eben dieses bestätigt der P. Cölestin III. durch eine Verordnung vom J. 1195. mit Beziehung auf das Concilium Triburiense, obwohl dieses eigentlich nur von der Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin redet. Es ist das *Cap.* 1. X. *de conversione infidelium,* wodurch die Ehe auch dann für ungültig und unzuläßig erklärt wird, wenn auch der Mitverbrecher durch diese Ehe

27) *Jo.* Dartis Commentar. in Decreti P. II. Caus. XXXI. Qu. 1. (*Oper. canonicor.* P. I. pag. 320.) Nr. 5. *Lud.* Engel Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. VII. Qu. 2. nr. 3.

28) Es ist *Can.* 5. der Kirchen- und Reichsversammlung, welche der König Pipin zu Verberie, einem Schloße ohnweit Soissons, hielt. Man findet diese Canonen in Georgisch Corp. iuris German. antiqui. pag. 506.

29) Ob bey Lebzeiten, oder erst nach dem Tode der Frau? wird hier nicht entschieden. Wahrscheinlich das Letztere. S. Berardus ad Gratiani canones. P. I. Cap. XLII. pag. 335.

zur Annehmung der christlichen Religion wäre bewogen worden; *cum tale damnum*, (nämlich der verübte Meuchelmord) *tali lucro ecclesia compensare non velit.*

Leider haben die Protestanten das auf einem sanctionirten Irrthume Gratians beruhende neuere päbstliche Recht angenommen [30]), wornach die evangelischen Consistorien noch immer sprechen, ohne zu beherzigen, daß dadurch zu unzähligen Ehebrüchen, und zu den gefährlichsten Anschlägen Anlaß gegeben wird, wie auch schon Böhmer [31]) erinnert hat. Denn was nährt wohl die ehebrecherische Neigung mehr, als die Hoffnung einer künftigen Ehe, zum größten Nachtheil der häuslichen Eintracht, und des Familien-Wohls? und hiermit ist denn auch schon die Bahn zu Nachstellungen gebrochen, um den, der Erfüllung der lang genährten Erwartung entgegen stehenden, Gatten aus dem Wege zu räumen. Zum Muster mögen dagegen die Preußische [32]) und Oesterreichische Gesetzgebung [33]) dienen,

30) Carpzov Jurisprud. Consistorial. Lib. II. Def. 16. Wernher Select. Observation. for. Tom. I. P. III. Obs. 48. Deyling Institution. prudent. pastoral. P. III. Cap. 7. §. 11.

31) Iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 7. §. 3. sqq.

32) Allgem. Preuß. Landrecht. 2. Th. 1. Tit. 1. Absch. §. 25—29. S. auch Klein's Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preuß. Staaten. 1. B. Nr. XXVII. S. 101—115.

33) Allgem. bürgerl. Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie. 1. Th. 2. Hauptst. §. 67. Man sehe auch Franz von Zeiller Commentar über das Oesterreichische Gesetzbuch 1. Band (Wien u. Triest 1811. 8.) S. 216. u. f.

welche, um jene fürchterlichen Uebel in ihrem ersten Keim zu ersticken, die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin unbedingt verbieten, und für ungültig erklären, es mag zu dem Ehebruche ein vorläufiges Versprechen unter den Ehebrechern, einander künftig zu heyrathen, oder es mögen Anschläge auf das Leben des unschuldigen Ehegatten von beyden ehebrecherischen Personen, oder auch nur von einer derselben hinzugekommen seyn, oder nicht.

§. 1216. c.

Entführung als vernichtendes Ehehinderniß nach dem römischen und canonischen Rechte.

Zu den für gemeines Wohl schädlichen, und aus diesem Grunde verbotenen Ehen gehört ferner

II. die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten. Sowohl das römische, als das canonische Recht erkennen dieses Ehehinderniß als ein vernichtendes an, sie weichen aber auch hier sowohl im Begriff, den sie mit der Entführung (raptus) verbinden, als in der Bestimmung des Umfangs des Eheverbots selbst, eben so, wie bey dem Ehehinderniß des Ehebruchs, dergestalt von einander ab, daß es auch hier nöthig zu seyn scheint, die Begriffe des Verbrechens vorauszuschicken [34]).

34) Ueber den Begriff der Entführung vergleiche man vorzüglich die trefliche Erörterung in Carl Aug. Tittmann's Beiträgen zu der Lehre von den Verbrechen gegen die Freiheit, insbesondere von dem Menschenraube, und der Entführung. (Meissen 1806. 8.) Nr. III. S. 53. ff. Ausserdem *Henr.* BLÜMNER Diss. de raptu. *Lipsiae* 1788. 8.

1) Nach dem römischen Begriff kann das Verbrechen der Entführung nur von Mannspersonen an erwachsenen Personen weiblichen Geschlechts von unbescholtenem Rufe begangen werden, und zwar nicht nur an ehrbaren Jungfrauen und Eheweibern, welche unter väterlicher und ehelicher Gewalt stehen, sondern auch an Wittwen und Klosterfrauen. Das Wesen des Verbrechens besteht aber eigentlich in einer Wegführung der Person, welche in der Absicht geschieht, die Entführte entweder zur Befriedigung der Wollust zu brauchen, oder die Ehe mit ihr zu erzwingen. Daher soll selbst der Entführer seiner Braut, gleich andern, als dieses Verbrechens schuldig, so wie der Entführer einer Ehefrau zugleich als Ehebrecher angesehen werden, ohne übrigens darauf weiter Rücksicht zu nehmen, ob jene Absicht erreicht worden ist, oder nicht, ob die Wegführung mit List, oder mit Gewalt, mit Einwilligung oder wider den Willen der Entführten geschehen ist; ob die Entführte nachher freywillig den Entführer zur Ehe verlangt hat, oder nicht. Denn es soll zwischen dem Entführer und der Entführten durchaus keine Ehe Statt finden, sondern es soll der Entführer ohne Unterschied am Leben gestraft werden. Dieß alles bestätiget die Verordnung des Kaisers Justinian, die *L. un. Cod. de raptu virginum* vom J. 528.

Raptores *virginum honestarum*, vel *ingenuarum*, sive iam *desponsatae* fuerint, sive non, vel *quarumlibet viduarum foeminarum*, licet libertinae, vel servae alienae sint, pessima criminum peccantes, *capitis supplicio* plectendos decernimus [35]): et ma-

35) Schon durch eine frühere Verordnung des Kaisers Constantin des Großen, *L. 1. Cod. Theod. de raptu virginum vel viduarum* (Lib. IX. Tit. 24.) war auf das

xime, *si Deo fuerint virgines*, vel *viduae dedicatae*: quod non solum ad iniuriam hominum, sed etiam ad ipsius Omnipotentis Dei irreverentiam committitur, *maxime cum virginitas, vel castitas corrupta restitui non possit.* — Ne igitur sine vindicta talis crescat insania, sancimus per hanc generalem Constitutionem, ut hi, qui huiusmodi crimen commiserint, et qui eis auxilium invasionis tempore praebuerint, ubi inventi fuerint in ipsa rapina, et adhuc flagranti crimine comprehensi, et a *parentibus virginum*, vel *ingenuarum*, vel *viduarum*. vel quarumlibet *foeminarum*, aut earum *consanguineis*, aut a *tutoribus* vel *curatoribus*, vel *patronis*, vel *dominis* convicti interficiantur. Quae multo magis contra eos obtinere sancimus, *qui nuptas mulieres*

Verbrechen der Entführung eine schwere Todes Strafe gesetzt, wahrscheinlich die Strafe des Feuers. Sein Sohn, K. Constantius behielt sie *L.* 2. *C. Th. eodem* blos bey Sklaven bey, bey Andern milderte er sie durch die Strafe des Schwerds. S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad has LL. Cod. Th. Tom. III. p. 212. sqq. edit. *Ritter.* Marcian *L.* 5. §. 2. *D. ad Leg. Jul. de vi publica* gedenkt zwar auch schon der Todesstrafe, mit Beyfügung des Grundes: *cum raptus crimen Legis Juliae de adulteriis potestatem excedat.* Allein zweifelhaft ist es, ob diese Stelle nicht von Tribonian interpolirt sey. *Jo. Franc.* Ramos in Triboniano sive Errorib. Triboniani de poena parricidii. (*Lugd. Batavor.* 1752. 4.) pag. 167. sqq. suchte dieses aus mehreren Gründen zu beweisen. Allein *Herm.* Cannegieter Observation. iuris Rom. (*Lugd. Bat.* 1772. 4.) Lib. III. Cap. 16. pag. 318. sq. hat aus überwiegenden Gründen die Aechtheit des Fragments gerechtfertiget.

ausi sunt rapere, quia duplici tenentur crimine, tam *adulterii*, quam *rapinae*, et oportet acerbius adulterii crimen ex hac adiectione puniri. Quibus connumeramus etiam eum, *qui saltem sponsam suam*[36]) *per vim rapere ausus fuerit.* — *Nec sit*

36) Einige wollen hier sponsam *non* suam lesen. S. *Pet.* Burgius Elector. cap. XVI. (in *Ev.* Ottonis *Thes. iur. Rom.* Tom. I. pag 336.) und Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. V. Tit. XVII. §. 139. und in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. T. I. pag. 926. ad can. 49. C. XXVII. Qu. 2. Not. 79. Seinem Vater stimmte auch anfangs *Jo. Sam. Frid. de* Boehmer in Observationib. ad Carpzovii pract. nov. rer. crim. P. I. Quaest. XL. Obs. 4. pag. 94. bey. Allein die allgemeine Uebereinstimmung aller bekannten Handschriften und Ausgaben des Codex, die *Basilica Lib. LX. Tit.* 58. *Const.* 1. und Harmenopulus *Promptuar. iur.* Lib. VI. Tit. 7. §. 1. lassen an der Richtigkeit der affirmativen Leseart nicht zweifeln. Von sponsis alienis war ja auch schon gleich Anfangs die Rede. Es würde also daraus eine höchst unnütze Tautologie entstehen. Widerlegt ist diese Meinung auch schon längst von *Sam. Frid. de* Boehmer in Meditat. in Const. crim. Carolin. ad Art. CXVIII. §. 5. und *Frid. Wilh.* Engelhardt Diss. de raptu sponsae, praes. *Rud. Christoph.* Henne. *Erfordiae* 1776. 4. §. IX. Soviel ist jedoch gewiß, daß die Entführung der eignen Braut nach der Verordnung des Kaisers Constantin *L.* 1. *Cod. Th. de raptu virg.* für kein Verbrechen gehalten ward. Denn die Worte: Si quis, *nihil cum parentibus puellae ante depectus*, invitam eam rapuerit, vel volentem abduxerit, enthalten die Bedingung des Verbrechens. Warum aber Justinian hierin von der Vorschrift seiner Vorfahren abgewichen ist, davon giebt Azo den ganz treffenden Grund an, weil es der Braut, donec

facultas raptae virgini vel viduae, vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere, sed cui parentes voluerint (excepto raptore) eam legitimo copulent matrimonio: quoniam nullo modo, nulloque tempore datur a nostra Serenitate licentia eis consentire, qui hostili more in nostra republica matrimonia student sibi coniungere. Oportet etenim, ut quicunque uxorem ducere voluerit, sive ingenuam, sive libertinam, secundum nostras leges, et antiquam consuetudinem, parentes, vel alios, quos decet, petat, ut cum eorum voluntate fiat legitimum coniugium. — Poenas autem, quas praediximus, id est *mortis*, et *bonorum amissionis*, non tantum adversus raptores, sed etiam contra eos, qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint, constituimus: caeteros autem omnes, qui conscii, et ministri huiusmodi criminis reperti, et convicti fuerint, vel qui eos susceperint, vel quicunque opem eis tulerint, sive masculi sive foeminae sint, cuiuscunqne conditionis, vel gradus, vel dignitatis, poenae tantummodo capitali subiicimus, ut huic poenae omnes subiaceant, *sive volentibus, sive nolentibus virginibus*, sive aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum. Si enim ipsi raptores metu, vel atrocitate poenae ab huiusmodi facinore se temperaverint, nulli mulieri, *sive volenti, sive nolenti*, peccandi locus relinquetur: quia hoc ipsum velle mulierum ab insidiis nequissimi hominis, qui meditatur rapinam, inducitur. *Nisi etenim eam*

domum deducta fuerit, nach dem römischen Recht noch immer frey steht, das Verlöbniß wieder aufzukündigen. *L. 1. Cod. de sponsalib.*

sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenerit, non faciet eam velle in tantum dedecus sese prodere: parentibus (quorum maxime vindictae intererat) si patientiam praebuerint, ac dolorem remiserint, deportatione plectendis [37]).

Diese Verordnung bestätigte Justinian nachher nochmals, fast mit wörtlicher Wiederholung derselben, sowohl durch die *L.* 54. *Cod. de Episcop. et Clericis* vom Jahre 533. als durch die *Nov. CXLIII.* und *Nov. CL.*

2) Das canonische Recht setzt nun dagegen das Wesen der Entführung darin, wenn Jemand eine Jungfrau oder Wittwe, mit welcher er nicht verlobt ist, in der Absicht wegführt, um die Entführte zur Ehe zu nöthigen. Wenn Isidor bey Gratian *can.* 48. *C. XXVII. Qu.* 2. und *can* 1. *C. XXXVI. Qu.* 1. sagt: *Raptus* est illicitus coitus, a corrumpendo dictus: unde et qui rapta potitur, stupro fruitur; so sieht man wohl, daß es diesem ehrwürdigen Bischof von Sevilla mehr darum zu thun war, die Etymologie des Worts, als den Begriff des Verbrechens zu bestimmen. Denn beyde, ganz gleichlautende Stellen, sind aus seinen *libris Etymologiarum*, Lib. V. cap. 26 genommen [38]). Mit Recht bemerkt daher Gratian ad can. 1. et 2. C. XXXVI. Qu. 1. Non omnis illicitus coitus, nec cuiuslibet illicita defloratio *raptus* appellatur. Aliud enim est *fornicatio*, aliud *stuprum*, aliud *adulterium*, aliud *incestus*,

37) Einen trefflichen Commentar über die *L. un. C. de raptu virgin.* findet man in *Ant.* Matthaei Commentar. de criminib. ad Lib. XLVIII. Tit. IV. de vi publica et privata. Cap. 2. pag. 445—461. (*Vesaliae* 1672. 4.)

38) Berardus ad Gratiani canones. P. III. Cap. 27. p. 400.

aliud *raptus*. Nachdem er von jedem dieser genannten Verbrechen einen Begriff gegeben, sagt er §. 5. *Raptus* admittitur, cum puella violenter a domo patris abducitur, *ut corrupta in uxorem habeatur*, sive puellae solummodo, sive parentibus tantum, sive utrisque vis illata constiterit. Das canonische Recht weicht also darin von dem römischen Recht ab, daß nach demselben die Wegführung seiner Verlobten für keine unerlaubte Entführung gehalten wird. Auch werden nur Jungfern und Wittwen, Ehefrauen aber nirgends erwähnt, weil alles darauf berechnet ist, daß die Wegführung eine Ehe bezwecke, welches bey einer Ehefrau nicht Statt finden kann. Ob übrigens die Entführte von unbescholtenem Rufe ist, oder nicht, darauf wird eben so wenig Rücksicht genommen, als es gleichviel ist, ob sie noch unter väterlicher Gewalt ist, oder nicht. Bey Klosterfrauen kommt es auch darauf nicht an, die Entführte mag in die Wegführung eingewilliget haben oder nicht, denn hier wird die Entziehung der Entführten von dem geistlichen Leben vorzüglich als Grund der Strafbarkeit angesehen. Nur bey weltlichen Weibspersonen gehört es zur Form des Verbrechens, daß die Wegführung wider den Willen der Entführten, oder der Eltern geschehe. Alles dieses werden nun folgende Stellen des canonischen Rechts bestätigen.

Can 1. *Caus.* XXXVI. *Qu.* 1. GELASIUS PAPA *anno* 494. Lex illa praeteritorum principum ibi raptum dixit commissum esse, ubi puella, *de cuius ante nuptiis nihil actum fuerat*, videbitur abducta.

Hier wird es als nothwendige Bedingung der Entführung angesehen, daß die Entführte nicht mit dem Ent-

führer verlobt seyn müße. Uebrigens wird hier nur hauptsächlich die Frage entschieden, wo das Verbrechen der Entführung als vollbracht angesehen werden könne? Es wird sich deswegen auf die *Lex praeteritorum principum* berufen, und die Ausleger wollen darunter die Verordnung des Kaisers Constantin des Großen, nämlich die *L. 1. C. Th. de raptu virgin. vel viduar.* verstehen. Allein dieses Gesetz bestimmt nur die Strafe, nicht den Ort. Eher könnte dahin eine andere Verordnung dieses Kaisers, nämlich *L. 1. Cod. Theod. de accusat. et inscript.* gerechnet werden, wo bestimmt wird, daß der Entführer in der Provinz bestraft werden solle, wo er das Verbrechen begangen hat. Allein auch dieses stimmt noch nicht mit Gratians Canon überein. Denn die specielle Frage, ob der Ort, wo die Entführte weggebracht worden ist, oder der Ort, wo sie hingebracht worden, für den Ort des begangenen Verbrechens zu halten sey? hat der Kaiser in der gedachten Verordnung unentschieden gelassen. Und gerade diese wird in unserm Canon mit Beziehung auf die lex praeteritorum principum entschieden. Vielmehr findet sich in den Gesetzen der Longobarden Lib. I. Tit. 30. nr. 8. et 9. ein Gesetz des Königs Rotharis, welches etwas Aehnliches enthält [39]. Daß dieses Gesetz hier gemeint seyn könne, glaubt Berardi [40]. Nun widerspricht freylich das Zeitalter. Denn P. Gelasius regierte gegen das Ende des fünften, der K. Rotharis aber im siebenten Jahrhundert. Es folgt aber daraus nur so viel,

39) S. Georgisch Corp. iuris germ. antiqui. pag. 953. nr. 209. et 210.

40) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. P. II. Tom. I. Cap. XLVI. pag. 369.

daß dieser Canon dem Pabst Gelasius unrichtig zugeeignet wird, welches in Gratians Dekrete kein ungewöhnlicher Fall ist. Derselbe Canon kommt unter des Gelasius Namen nochmals an einem andern Orte, nämlich *can.* 49. *Caus. XXVII. Qu.* 2.[41]) vor.

Can. 2. *Caus. XXXVI. Qu.* 2. SYMMACHUS PAPA, *epistola ad Caesarium cap.* 3. ann. 502. Raptores igitur *viduarum* vel *virginum* ob immanitatem tanti facinoris detestamur: illos vehementius persequendo, qui *sacras virgines* vel *volentes*, vel *invitas*, *matrimonio sociare tentaverint.* Quos pro tam nefandissimi criminis atrocitate a communione suspendi praecipimus.

Can. 3. *ibid.* JOVINIANUS *Imp.* (rectius *Jovianus* ann. 364. *Antiochiae*[42]). Si quis non dicam rapere, sed attentare tantummodo, *matrimonii iungendi causa*, sacratissimas virgines ausus fuerit, capitali poena feriatur.

Can. 4. ibid. *Ex Concilio Cabilonensi*[43]). De

41) BOEHMER Not. 79. in seiner Ausgabe des Corp. iur. canon. Tom. I. pag. 926. glaubt, Gelasius habe sich auf die Verordnung des Kaisers Constantin des Gr. *L.* 1. *Cod. Th. de raptu virg.* deswegen berufen, weil vermöge derselben Niemand an seiner eigenen Braut das Verbrechen der Entführung begehe. Allein dies war nur Bedingung des Verbrechens, nicht die Frage, welche hier entschieden wird.

42) *L.* 5. *Cod. de episcop. et cleric.* Statt Antiochiae richtiger *Ancyrae.* S. *Pet.* RELANDI Fasti Consular. pag. 403. in fin.

43) Vielmehr *ex Capitulari* LUDOVICI PII *in Aquisgranensi*

puellis raptis, nec dum desponsatis, in *Chalcedonensi concilio*[44]) statutum est, eos, qui rapiunt puellas, *sub nomine simul habitandi*, cooperantes et conniventes raptoribus, decrevit sancta Synodus, ut, si quidem clerici sunt, decidant proprio gradu; si vero laici, anathematizentur. Quibus verbis datur intelligi, qualiter huius mali auctores damnandi sunt, quando participes consilii, et conniventes tanto anathemate feriuntur, *ut iuxta canonicam auctoritatem ad coniugia legitima raptas sibi iure vendicare nullatenus possint*[45]).

Can. 5. *ibid.* GREGORIUS PAPA II. *in Synodo Romana* ann. 721. Si quis virginem vel viduam, *nisi desponsaverit*, rapuerit, vel *furatus fuerit in uxorem*, cum sibi faventibus anathema sit.

Can. 6. *ibid.* *Ex concilio Parisiensi I.* [46]) *Cap.* 6. Nullus neque viduam neque filiam alterius *extra voluntatem parentum* aut rapere praesumat, aut

palatio edito anno DCCCXVI. can. 23. S. BALUZII Capitularia Regg. Francor. Tom. I. pag. 568. und GEORGISCH Corp. iuris german. antiqui. pag. 818.

44) Dieser Chalcedonische Canon ist bey Gratian *can.* 1. *C. XXXVI. Qu.* 2.

45) Eben dieses ist von der Kirchenversammlung zu Worms vom J. 868. *can.* 77. und der zu Troslei vom J. 909. *can.* 8. bestätiget worden. S. BERARDUS ad Grat. canones P. I. cap. 47. pag. 314.

46) Eigentlich ist dieses das dritte Pariser Concilium vom J. 557. S. SIRMOND Concil. Galliae. Tom. I. p. 313. HARDUIN. Concil. Tom. III. pag. 333. und BERARDUS Grat. canones P. I. Cap. 31. pag. 283.

regis beneficio aestimet potulandam. Quod si fecerit, ab ecclesiae communione remotus, anathematis gladio feriatur.

Can. 3. Caus. XXXVI. Qu. 1. Ex concilio Aurelianensi I. can. 2. ann. 511. De raptoribus autem id constituendum esse censuimus, ut, si ad ecclesiam raptor cum rapta confugerit, et foeminam ipsam violentiam pertulisse constiterit, statim liberetur de potestate raptoris, et raptor mortis, vel poenarum immunitate concessa, aut *ad serviendum subiectus sit*, aut *redimendi se liberam habeat facultatem. Si vero, quae rapitur, patrem habere constiterit, et puella raptori consenserit, potestate patris excusata reddatur, et raptor patri superioris conditionis satisfactione teneatur obnoxius.*

Dieser Canon spricht zwar eigentlich nur von der Strafe der Entführung, von deren Strenge in dem Falle eine Ausnahme nachgelassen wird, wenn der Entführer mit der Entführten in eine Kirche floh. Man sieht aber doch wenigstens daraus soviel, daß die Wegführung einer Tochter, welche noch in väterlicher Gewalt war, wenn sie auch mit ihrer Einwilligung, aber gegen den Willen des Vaters, geschahe, für eine wirkliche Entführung gehalten wird; man erkläre übrigens die letztern Worte entweder mit Gonzalez Tellez [47]) von einem wirklichen Verlust der Freyheit, aus welcher sich jedoch der Entführer bey dem Vater der Entführten mit Gelde habe loskaufen können; oder

47) Commentar. ad cap. 7. X. de raptorib. Man sehe auch Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 17. §. 147.

aber mit Berardi [48]) blos von einer Art unfreyen Zustandes, (serviendi conditio, welcher Ausdruck eigentlich von den Vätern des Concilii Aurelianensis gebraucht worden ist) in welchem nun der Entführer keine legitime Ehe schließen konnte. Das neuere Canonische Recht hat jedoch hierin das ältere Recht auf eine die Rechte der elterlichen Gewalt höchst kränkende Art abgeändert, indem es verordnet, daß nur die Wegführung, welche wider den Willen der Entführten geschieht, für eine wahre Entführung gehalten werden, auf den Widerspruch der Eltern aber nicht weiter gesehen werden solle, wenn die Wegführung aus der Gewalt derselben mit Einwilligung der Entführten geschehen ist, wie aus folgender Verordnung des Pabstes Lucius III. von J. 1181 zu ersehen ist.

Cap. 6. X. *de raptoribus.* Cum causam, quae inter E. militem, latorem praesentium, et uxorem eius vertitur, tuae commisissemus experientiae terminandam: (das Uebrige, was zur Geschichtserzählung gehört, kann in der Böhmerschen Ausgabe des Corp. iuris can. nachgelesen werden) respondemus, quod, cum ibi raptus dicatur admitti, *ubi nil ante de nuptiis agitur*, iste raptor dici non debet, *cum habuerit mulieris assensum*, et prius eam *desponsaverit*, quam cognoverit: *licet parentes forsitan reclamarent, a quibus eam dicitur rapuisse.*

Es fragt sich hiernächst, wie weit die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten nach dem canonischen Rechte verboten sey? Die älteren Kirchen-Canonen stimmen mit dem römischen Rechte darin vollkommen überein,

48) Gratiani canones genuini ab apocryphis discreti. P. I. Cap. XXIX. pag. 272. sq.

daß sie diese Ehe schlechterdings verbieten [49]. Es beweist dieß nicht nur der schon oben vorgekommene *can.* 4. *C. XXXVI. Qu.* 2., sondern eben dieses bestätigen vorzüglich noch die nachher folgenden *can.* 10. *et* 11. ibid.

Can. 10. *ex Concilio Meldensi* Cap. 65. (anno 845. in *Gallia*): Si autem necdum eas, quas rapuerant, cum voluntate parentum sub desponsationis, vel dotalitii nomine in coniugium duxerunt, quando in omnium aures haec fuerit constitutio promulgata [50], ab eorum coniunctione separentur, et publicae poenitentiae subigantur: raptae autem parentibus legaliter restituantur. Peracta vero poenitentia publica, si aetas et incontinentia exegerit, legitimo, et ex utriusque partibus placito coniugio socientur. Nam in his regulam non constituimus, sed, ut verbis magni *Leonis* utamur, quid sit tolerabilius, aestimamus. Quodsi unus ex coniugatis obierit, et is, qui poenitentiam publicam exegerit, superstes exstiterit, iterare coniugium non praesumat, nisi Episcopus aliquam forte praeviderit concedere indulgentiam, ut graviorem possit amovere offensam.

49) S. Boehmer iur. ecclesiast. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. XVII. §. 149. *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. XI. §. 4. sqq. und Berardus Commentar. in ius eccles. univ. T. III. Diss. IV. Cap. 3. pag. 93.

50) Diese Worte beziehen sich darauf, weil dieses Concilium von dem K. Carl dem Kahlen nicht bestätiget worden ist. S. Berardus ad Gratiani canones. P. I. C. 50. pag. 386.

Mit diesem ist noch der *can.* 67. *Concilii Meldensis* zu verbinden. Qui sanctimoniales virgines vel viduas rapiunt, et progressu etiam criminis in coniugium sumunt, publicae poenitentiae iuxta modum, quem praeviderit Episcopus, subigantur, ipsae vero locis congruis poenitentiae retrudantur, et ad habitum religionis redire cogantur. *Uterque autem sine ulla spe uxoriae copulationis perenniter maneant.*

Can. 11. *eiusd. Caus. XXXVI. Qu.* 2. *Ex concilio apud Aquisgranum circa ann.* 847. *in Germania* [51]). Placuit, ut hi, qui rapiunt foeminas, vel furantur, aut seducunt, *eas nulldtenus habeant uxores*, quamvis eis postmodum conveniat, aut eas dotaverint, vel nuptialiter cum consensu parentum suorum acceperint.

Merkwürdig sind noch die hier von Gratian weggelassenen Worte: Si quis autem uxorem habere voluerit, canonice et legaliter eam accipiat, et non rapiat. Qui vero eam rapuerit, vel furatus fuerit, aut seduxerit, *nunquam eam uxorem habeat;* sed propinquis suis eam legalibus reddat, et in triplo plenum bannum dominicum componat, et insuper canonice publicam poenitentiam gerat, ad quod

51) Dieser Canon ist eigentlich aus den *Capitularibus Regum Francorum* genommen, wo er sich Lib. VII. cap. 395. befindet. S. Baluzii Capitularia p. 1111. und Georgisch Corpus iuris German. antiqui p. 1712. Die falsche Angabe bey Gratian hat Burchard veranlaßt, der, wie schon mehrmals bemerkt worden, alles aus den Capitularien andern Auctoren zuzueignen gewohnt war.

omnes una voce clamaverunt, dicentes: *ista omnes firmiter tenere volumus, et in perpetuum ab omnibus confirmari optamus.*

Das Nämliche ward auch nochmals sowohl von dem Concilium zu Pavia (concilio Ticinensi) im J. 850. Can. 10., als von der Kirchenversammlung zu Troslei (concilio Trosleiano) vom J. 909. can. 8. bestätiget.

Gegen solche bestimmte Verordnungen und Concilien-Schlüsse konnte doch nun wohl unmöglich der Ausspruch eines Kirchenvaters in Betrachtung kommen, der noch vor Justinian lebte. Es ist der Ausspruch des Hieronymus, eines Kirchenvaters, welcher noch in dem ersten Viertel des fünften Jahrhunderts (420) starb, den Gratian *can.* 8. *C. XXXVI. Qu.* 2. anführt. Er lautet folgendermassen:

Tria legitima coniugia in scripturis leguntur. *Primum* legitimum coniugium est, virgo casta in virginitate viro data legitime. — *Secundum*, virgo in civitate deprehensa a viro, et illi per vim copulata; si voluerit pater eius, dotabit eam iste vir, quantum iudicaverit pater, et dabit pretium pudicitiae eius. *Tertium*, filia praedicta deprehensa; si non fuerit voluntas patris, trahet eam a praedicto viro, et tradet eam alii, et dotabit eam, et legitima erit ei. Sed primum his duobus praefertur.

Und doch legt Gratian ein solches Gewicht darauf, daß er glaubt, diesem Ausspruche könne weder das Ansehen jener weltlichen noch kirchlichen Gesetze entgegenstehen, weil er sich auf das Zeugniß eines göttlichen Gesetzes gründe. Man sehe nur seine Bemerkung zum *can.* 11. *C. XXXVI.*

Qu. 2. Um aber doch das Ansehen der Canonen nicht ganz herabzusetzen, macht Gratian den sonderbaren Unterschied. So lang das vitium rapinae noch nicht durch öffentliche Buße getilgt ist, besteht das Eheverbot zwischen dem Entführer und der Entführten; nach gethaner Buße aber dürften beyde einander heyrathen, wenn die Eltern in die Ehe willigten. Man sehe Gratian's Bemerkung nach *can.* 7. ibidem.

Allein gesetzt, die Stelle des Hieronymus wäre ächt, welche sich aber doch in seinen zahlreichen Schriften so wenig findet, als Gratian irgend eine Schrift, wo sie steht, anzuführen vermocht hat; denn er schrieb sie aus Regino [52]), oder Ivo [53]); so gehört sie auch gar nicht hierher. Denn sie spricht von der Schändung einer Jungfrau, und bezieht sich auf 5. Buch Mose *XXII.* v. 28 und 29. wie schon Böhmer [54]) bemerkt hat. Sie kann also schon darum gegen das Ansehen der angeführten Gesetze und Concilien-Schlüße nichts gelten, weil sie sich auf einen besondern Gebrauch der Israeliten bezieht, nach welchem derjenige, der eine Jungfrau verführte, dieselbe nicht nur heyrathen, sondern auch dem Vater, als ein pretium pudicitiae, fünfzig Silberlinge bezahlen mußte, und dann auch dabey das Recht verlor, das man bey gewöhnlichen Ehen hatte, der Frau einen Scheidebrief zu geben [55]). Berardi [56]) hält daher diese Stelle für die

52) *De eccles. disciplinis Lib. II.*

53) *Decret. P. VIII. Cap.* 40 *et* 41.

54) S. die Not. 44. ad can. 8. C. XXXVI. Qu. 2. in seiner Ausgabe des Corp. iuris canon. Tom. I. p. 1119.

55) S. Michaelis mosaisches Recht. Th. 2. §. 91. S. 100. f.

56) Gratiani canones P. III. Cap. XIII. pag. 177.

Geburt eines unwissenden Verfassers aus dem siebenten oder achten Jahrhundert. Und doch konnte sich Gratian dadurch verleiten lassen, um dieser dem Hieronymus angedichteten Stelle willen, das Ansehen aller damahls geltenden Kirchengesetze mit einer Kühnheit zu verwerfen, die in der That an Raserey angrenzt [57]? So verdarb also auch hier Gratian die Doctrin seines Zeitalters durch seine Ignoranz, und verleitete durch sein Ansehen den Pabst Innocenz III. die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten zu erlauben, wenn der vorige Widerwille der letztern in eine nachherige Einwilligung übergegangen wäre.

Cap. 7. X. de raptorib. Innocentius *III. Episcopo Saronensi* (vielmehr *Cracoviensi*) ann. 1201. Accedens ad Apostol. Sedem dilectus filius B. frater Hierosolymit. Hospital. a nobis ex parte tua quaesivit, — utrum si rapta puella, et in alienam delata dioecesim, in Ecclesiae facie consenserit in raptorem, matrimonium huiusmodi legitimum sit habendum? Nos igitur inquisitioni tuae taliter respondemus, quod — *rapta puella legitime contrahet cum raptore, si prior dissensio transeat postmodum in consensum, et quod ante displicuerit, tandem incipiat complacere*: dummodo ad contrahendum legitimae sint personae.

Die peinliche Gerichtsordnung Carls *V.* [58]) beruft sich auf das römische Recht bey Bestimmung der Strafe der Entführung, und hebt hiermit die Verordnung

57) Man sehe hier vorzüglich Berardus ad Gratian. P. I. Cap. XLVI. App. II. pag. 365 — 368.

58) Art. 118.

des canonischen Rechts auf. Denn da die Caroline die Strafe des römischen Rechts bestätiget, und anzunehmen ist, daß dem deutschen Gesetzgeber die Sanction des canonischen Rechts nicht unbekannt gewesen sey; so muß man glauben, er sey implicite von der Disposition desselben abgewichen, weil sich die Todesstrafe des Verbrechens mit der Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten nicht wohl verträgt [59]. Es besteht jedoch die Entführung nach der Bestimmung der peinlichen Gerichtsordnung in einer die Ehrbarkeit beleidigenden Wegführung einer Ehefrau oder Jungfrau von unbescholtenem Rufe, aus der Gewalt, und wider den Willen ihres Mannes oder Vaters. Ob sie mit Einwilligung der Entführten geschieht, oder nicht, ist dem Gesetz gleichviel, so wie denn auch bey einer Jungfrau, die noch unter väterlicher Gewalt ist, darauf nichts ankommt, ob die Wegführung derselben in der Absicht geschieht, sie zur Ehe zu nöthigen, oder zur Unzucht zu brauchen [60]. Selbst wenn die Entführte Braut des Entführers war, bleibt es Beleidigung der väterlichen Gewalt [61], obwohl Böhmer [62] hierin anderer Meynung ist, weil Carl der eignen Braut des Entführers nicht gedenkt, vorausgesetzt, daß das Verlobniß gültig war.

59) S. Böhmer Observation. selectae ad Carpzovium P. I. Qu. XL. Obs. 3. pag. 96. und Blümner Diss. de raptu §. 8.

60) Boehmer c. l. pag. 96. Blümner cit. Diss. §. 5.

61) S. Gr. von Soden Geist der deutschen Criminalgesetze Th. 1. §. 175. Blümner cit. Diss. §. 4. Tittmann's Handbuch des peinlichen Rechts 2. Th. §. 242. a. E. Henne Diss. de raptu sponsae. §. 13.

62) Observat. ad *Carpzov.* P. I. pag. 94.

Ohnerachtet nun eigentlich das neuere Gesetz dem ältern derogirt; so hat dennoch die Praxis der mildern Meinung des canonischen Rechts den Vorzug gegeben, und läßt daher nicht nur die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten zu, sondern sieht auch dieselbe als einen Milderungsgrund bey der Bestrafung des Verbrechens an[63]. Ja es pflegt h. z. T. zuweilen die Strafe ganz wegzufallen, wenn schon eine förmliche Verlobung vorhergegangen, und die Wegführung blos die Vollziehung der Ehe zur Absicht hatte, besonders wenn der Widerspruch der Eltern gegen dieselbe nichtig seyn sollte[64].

In Ansehung der Katholiken kommt noch die Verordnung des Tridentinischen Conciliums[65]) in Betrachtung. Vermöge derselben soll keine Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten gelten, so lange sich dieselbe in der Gewalt des Entführers befindet. Wenn aber die Entführte nach ihrer Befreyung in die Ehe mit dem Entführer einwilliget, so kann sie der Entführer zur Frau haben. Nichts desto weniger soll der Entführer, so wie jeder Andere, welcher ihm Hülfe geleistet hat, excommunicirt,

63) Carpzov Pract. nova rer. crim. Quaest. LXXV. n. 68. Berger Oecon. iuris. Lib. III. Tit. XI. Th. 9. Not. 3. Böhmer Obs. ad Carpzov. c. l. pag. 96. Blümner cit. Diss. §. 8 et 9. Henne cit. Diss. §. 13.

64) S. Tittmann's Handbuch des peinl. Rechts 2. Th. §. 247. S. 170. f.

65) *Sess. XXIV. Cap. 6. de reformat. matrim.* Man verbinde noch die *Declarat. sacrae Congregat.* in der Ausgabe des Card. *de* Luca pag. 383. Auch vergleiche man Pirhing iur. Can. Lib. V. Tit. XVII. §. 4. und Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. III. pag. 94. sq.

auf immer infam, und zu allen Würden unfähig seyn. Außerdem soll auch der Entführer die Entführte noch auf jeden Fall standesmäßig nach richterlichem Ermessen ausstatten. Da jedoch das Tridentinische Concilium, eben so wie das canonische Recht, zur Form der Entführung erfordert, daß die Wegführung wider Willen der Entführten geschehen sey, so behaupten die heutigen Canonisten, daß die gesetzliche Verordnung nicht Statt finde, wenn die Wegführung mit Einwilligung der Weggeführten geschahe. Ja man will es auch dann nicht einmal für eine wirkliche Entführung halten, wenn selbst die Einwilligung der Weggeführten durch List und Ueberredung wäre abgelockt worden, und die Wegführung gegen den Willen der Eltern geschehen wäre [66].

Die Protestanten geht zwar das Tridentinische Concilium nichts an. Sie haben aber auch die Vorschriften des canonischen Rechts nicht unbedingt angenommen, sondern haben aus dem römischen und carolinischen Rechte beybehalten, daß die Wegführung, welche zwar mit Einwilligung der Weggeführten, aber ohne den Willen ihrer Eltern geschehen ist, wenn sie auch der Ehe wegen geschehen seyn sollte, für eine wahre Entführung zu

66) S. *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. XI. §. 12. (*Oper.* Tom. II. pag. 151.) *Maur.* Schenkl Institut. iuris eccles. P. II. §. 631. Not. *) *Paul. Ios. a* Riegger Institut. iurisprud. eccles. P. IV. §. 160. Doch sind nicht alle hierin einverstanden. S. *Card. de* Luca Tom. III. de matrimonio. Disc. V. n. 16. *Ios. Valent.* Eybel Introd. in ius eccles. Catholicor. Tom. IV. §. 365. und Böhmer iur. eccles. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 17. §. 149.

halten sey [67]. Die Ehe kann daher in diesem Falle nur dann für zuläßig gehalten werden, wenn die Eltern einwilligen. Denn nach dem protestantischen Kirchenrecht ist die elterliche Einwilligung zur Schließung der Ehe durchaus nothwendig [68]. Ist aber die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten durch priesterliche Einwilligung einmal vollzogen, so pflegt sie auch selbst in den protestantischen Gerichten ohne sehr erhebliche Gründe nicht leicht wieder getrennt zu werden [69]. Wenn hingegen die Entführung wider den Willen der Entführten geschehen ist, so haben die Protestanten dem canonischen Rechte insofern den Vorzug gegeben, daß die Ehe zwischen dem Entführer und der Entführten zugelassen wird, wenn die Entführte ihre freye Einwilligung dazu giebt [70].

67) Böhmer iur. eccl. Protest. Tom. V. Lib. V. Tit. 17. §. 150. Henne Diss. cit. de raptu sponsae. §. 16. und Gebr. Overbek Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3. B. Medit. 168.

68) Böhmer Tom. III. Lib. IV. Tit. 2. §. 9. sqq. Henne cit. Diss. §. 14. und gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle, von Gmelin und Elsäßer 3. B. Nr. 1. §. 4 et 5.

69) Man sehe hier vorzüglich Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen aus allen Theilen der Rechtsgelahrtheit. 2. Th. Bemerk. XXXIX. Henne cit. Diss. §. XV. Wiese Handbuch des gemeinen in Deutschland üblichen Kirchenrechts. 3. B. 1. Abth. §. 418. a. E. S. 388. und Tittmann's Handbuch des peinl. Rechts. 2. Th. §. 247. S. 170.

70) *Mich.* Havemann Gamologia synopt. S. Tr. de iure connubior. Lib. II. Tit. VI. Probl. 13. pag. 512. sqq. Carpzov Iurispr. for. P. IV. Const. XXX. Def. 7. nr. 10. Müller ad *Struvium.* Ex. XXIX. Th. 29. Not. ε.

§. 1216. d.

Religionsverschiedenheit.

Aus Besorgniß einer Verführung zum Abfall vom Christenthume verbieten ferner die Gesetze

III. die Ehen zwischen Christen und Nichtchristen. Das römische Recht verbietet jedoch nur namentlich die Ehe zwischen Christen und Juden; und sieht dieselbe wie ein adulterium an. Das Gesetz, welches diese Ehe untersagt, ist eine Verordnung vom K. Theodos dem Großen, nämlich die *L.* 6. *Cod. de Iudaeis* [71]), vom J. 388. folgenden Inhalts: Ne quis Christianam mulierem in matrimonium *Iudaeus* accipiat: neque Iudaeae *Christianus* coniugium sortiatur; nam si quis aliquid huiusmodi admiserit, adulterii vicem commissi huiusmodi crimen obtinebit. Schon früher im Jahr 370. hatte zwar der Kaiser Valentinian I. die Ehe zwischen Römern und Barbaren, oder Gentiles, als ein Kapitalverbrechen, verboten [72]); allein dieses Ver-

Lyncker Consil. et Respons. Nr. CXLIII. *Ge. Lud.* Boehmer Principia iuris canon. §. 385. und *Car. Christph.* Hofacker Princip. iur. civ. Rom. German. Tom. I. §. 370. nr. II.

71) Im Theodosianischen Codex kommt diese Verordnung an zwey Orten, *L.* 2. *Lib. III. Tit.* 7. *de nuptiis* und *L.* 5. *Lib. IX. Tit.* 7. *ad Leg. Iuliam de adulteriis* vor.

72) *L. un. Cod. Theod.* Lib. III. Tit. 14. *de nuptiis Gentilium.* Nulli *provincialium*, cuiuscunque ordinis aut loci fuerit, cum *barbara* sit *uxore* coniugium: nec ulli *Gentilium* provincialis foemina copuletur. Quodsi quae *inter provinciales atque Gentiles* affinitates ex

bot bezog sich nicht auf Religionsverschiedenheit. Denn der Name *Gentiles* oder *Barbari* soll hier keinesweges heidnische Völker, wie die meisten glauben, sondern alle diejenigen bezeichnen, welche keine Unterthanen des römischen Reichs sind[73]). Man hielt dergleichen Ehen für verdächtig, weil durch die dadurch errichteten Schwägerschaften, und aus Veranlassung derselben, gar leicht gefährliche Anschläge gegen die Sicherheit des römischen Reichs gemacht werden konnten[74]). Denn die Barbaren, von denen das Gesetz spricht, waren insgemein Feinde der Römer. In dem justinianeischen Codex findet sich zwar diese Verordnung nicht, und daraus hat Jacob Gothofre-

huiusmodi nuptiis extiterint, (*quod in iis suspectum, vel noxium detegitur*) capitaliter expietur.

73) S. *Ezech.* Spanhemii Orbis Rom. Exerc. II. Cap. 22. *Corn. Wilh. de* Rhoer Dissertation. de effectu religionis christian. in iurisprud. Rom. Fasc. I. Diss. VI. §. 36. und Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 369. Not. a. Ganz unrichtig hat *Jac.* Gothofredus in Commentar. ad L. un. cit. Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 348. edit. *Ritter.* den Ausdruck *Gentiles* oder *Barbari* erklärt, wenn er sagt: erant ii, qui Romanis militabant, quique ad Romanos transierunt, et in leges Romanas recepti, seu suscepti fuerant deditione. Wie konnte die Ehe mit diesen, als ein Kapitalverbrechen, verboten werden? Aus noch anderen Gründen hat diese Erklärung widerlegt *Herm.* Cannegieter Observation. iuris Rom. Lib. II. cap. 13.

74) S. Gothofredus c. l. pag. 349 und Heineccius Antiquitat. Roman. iurispr. illustr. Syntagm. Append. Libri I. Cap. I. §. 33. pag. 253. edit. noviss. *Haubold.* (*Francof. ad Moen.* 1822. 8.)

dus [75]) schließen wollen, sie sey schon zu Justinians Zeiten aufgehoben gewesen. Eben so Brisson [76]). Allein diese Meinung widerlegt Justinian selbst, wenn er *pr. J. de nuptiis* sagt: Iustas autem nuptias inter se *cives Romani* contrahunt, und so hießen zu Justinians Zeiten alle Unterthanen des römischen Reichs [77]). Zuweilen erlaubten zwar die Kaiser die Ehe einer Römerin mit einem Barbaren, und umgekehrt, durch ein Rescript, wovon Gothofredus [78]) und Spanheim [79]) Beyspiele anführen; allein dieß waren Ausnahmen, dergleichen doch nur selten waren, und nicht gebilliget wurden [80]). Soviel ist

75) Comm. cit. pag. 350. in fin. Ihm stimmt auch Heineccius Antiquitat. Rom. Lib. I. Tit. 10. §. 16. und Append. Libri I. Cap. I. §. 34. in fin. pag. 255. bey.

76) De iure connubior. p. 342. edit. *Trekell.*

77) S. *Ev.* Otto und *Jan. a* Costa Commentar. ad pr. J. de nupt.

78) Cit. Comment. p. 349.

79) Cit. loc. pag. 368.

80) Darüber klagte unter Honor und Arcadius vorzüglich Claudianus *in bello Gildon.* v. 90 — 94.

Mauris clarissima quaeque
Fastidita datur: media Carthagine ductae
Barbara Sidoniae subeunt connubia matres.
Aethiopem nobis generum, Nasumona maritum
Ingerit: exterret cunabula degener infans.

Wenn man dagegen aus Prudentius *adv. Symmachum II.* v. 613. die Stelle anführt:

— nunc per genialia fulcra
Externi ad ius connubii: nam sanguine mixto
Texitur alternis ex gentibus una propago;

so lehrt der Zusammenhang dieser Verse mit den vorhergehenden, daß hier blos der Gedanke ausgeführt werden

auch wohl richtig, daß dem Kr. Justinian nur blos die Härte der Verordnung des Kaisers Valentinian nicht gefallen habe [81]. Uebrigens erfordert das römische Recht keine vollkommene Religionsgleichheit der Ehegatten. Es duldet die Ehen zwischen Orthodoxen und Ketzern (haeretici), wie aus mehreren Gesetzen [82]) erhellet, und es ist ein offenbarer Mißverstand, wenn man die Worte: *divini et humani iuris communicatio* in der Definition, welche Modestin von der Ehe giebt, von einer Religionsgleichheit der Ehegatten hat erklären wollen, wie ich schon an einem andern Orte [83]) gezeigt habe. Man findet nicht einmal, daß das römische Recht mit andern Nichtchristen die Ehe untersagt habe, als mit den Juden, vielleicht weil man von ihrer Seite die Gefahr der Verführung zum Abfall von Christenthume für größer hielt [84]).

soll, die christliche Religion verbinde alle Völker der Erden mit einander. S. de Rhoer c. l. pag. 302.

81) S. Cannegieter c. l. pag. 194. und Haubold ad *Heineccii* Antiquit. Rom. Append. Libri I. Cap. I. §. 34. not. 6. pag. 254. Man vergleiche auch *Christ.* Rau Diss. de Lege Mensia. *Lipsiae* 1786. §. 9.

82) *L.* 12. §. 1. *L.* 18. §. 1. *Cod. de haereticis.* S. Photii *Nomocanon.* Tit. XII. Cap. 13. (in Justelli Bibliotheca iuris canon. vet. Tom. II. pag. 1071.) und Berardus Commentar. in iue eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 6. pag. 131. sqq.

83) Th. 23. §. 1205. S. 131. ff. Man sehe noch *Ge.* D'Arnaud Variar. Coniecturar. inris civ. Lib. II. Cap. 19. pag. 342 — 344. und Köchy civilist. Erörterungen 1. Samml. Leipzig 1797. S. 153. ff.

84) S. Brouwer de iure connubior. Lib. II. Cap. 21. nr. 6. pag. 595.

Allein die Kirchenväter besorgten das Nämliche auch von den Ehen der Christen mit Heiden. *Non nubimus Ethnicis*, sagt Tertullian [85]), *ne nos ad idololatriam usque deducant, a qua apud illos nuptiae incipiunt.* Daher warnt Ambrosius [86]) alle Christen vor solchen Ehen: *Cave, Christiane*, sagt er, *Gentili aut Iudaeo filiam tuam tradere. Cave, inquam, Gentilem aut Iudaeam, atque Alienigenam, hoc est haereticam, et omnem alienam a fide tua uxorem accersas tibi. Prima coniugii fides castitatis gratia est. Si idola colat, quorum praedicantur adulteria, si Christum neget, qui praeceptor, et remunerator est pudicitiae, quomodo potest diligere pudicitiam? Si Christiana sit, non est satis, nisi ambo initiati sitis sacramento baptismatis.* Es waren indessen doch nur Warnungen dieser frommen Kirchenväter. Deswegen hielten sie aber doch dergleichen Ehen nicht gerade für sündlich, vielmehr sagt der heilige Augustinus [87]): *Nostris temporibus iam non putantur esse peccata, quoniam revera in novo Testamento nihil inde praeceptum est, et ideo aut licere creditum est, aut velut dubium derelictum. Mulier, mortuo viro, cui vult nubere, nubat; tantum in Domino. Quod duobus modis accipi potest, aut Christiana permanens, aut Christiano nubens. Non enim tempore revelati Testamenti novi in*

85) *Lib. de corona militis. Cap.* 13. S. auch *ad Uxorem* lib. II. cap. 2.

86) *Lib. de Patriarchis. De Abrahamo* Lib. I. cap. 9. Daraus ist *Can.* 15. *Caus. XXVIII. Qu.* 1. in Gratian's Decret entlehnt. S. Berardus ad Grat. P. III. Cap. 12. pag. 70.

87) *Lib. I. de adulterinis coniugiis* Cap. 25.

Evangelio vel ullis Apostolicis literis sine ambiguitate declaratum esse recolo, utrum Dominus prohibuerit, fideles cum infidelibus iungi, quamvis beatissimus Cyprianus *inde non dubitet, nec in levibus peccatis constituat, iungere cum infidelibus vinculum matrimonii, atque id esse ducat prostituere gentilibus membra Christi.* Dieser heilige Vater erzählt sogar von seiner eigenen Mutter, Monika, daß sie einen Heiden zum Mann gehabt habe [88]. Eben so hatte die Klotilde den heidnischen Franken-König Klodwig zur Ehe, den sie zur Annehmung der christlichen Religion bewog. Daher verbietet auch die Kirchenversammlung zu Laodicea can. 10. die Heyrathen mit Ketzern nicht schlechterdings, sondern empfiehlt nur Behutsamkeit, und Berücksichtigung der etwa daraus entstehenden Gefahr für das ewige Heil der Seele. Läßt jedoch die Ehe ohne Bedenken unter der Bedingung zu, wenn der nichtchristliche oder ketzerische Theil verspricht, Christ und Katholik zu werden. Es ist dieß eben derjenige Canon, welchen Gratian *can.* 16. *Caus. XXVIII. Qu.* 1. dem *Concilio Agathensi* (Agde) vom J. 506. zuschreibt: Non oportet cum hominibus haereticis (richtiger cum *omnibus* s. *universis haereticis*) miscere connubia, et vel filios vel filias dare, sed potius accipere, *si tamen se profiteantur, Christianos esse futuros et Catholicos* [89]. Die folgenden Concilien, nämlich das zu Orleans (Concilium *Aurelianense*) vom J. 533. und das zu Auvergne (Concilium *Arvernense*) vom J. 535. welches Gratian *can.* 17. *C. XXVIII.*

88) *Confessionum* Lib. IX. Cap. 9.

89) S. Berardus ad Gratiani canones. P. I. Cap. 23. p. 254. ad can. cit. 16.

Qu. 1. unter der ganz falschen Ueberschrift: *ex Concilio Urbanensi I.* anführt, verbieten nicht nur die Ehen zwischen Christen und Juden schlechterdings, sondern belegen auch diejenigen mit der Excommunication, die sich nicht auf das Gebot der Kirche wieder von einander trennen würden [90]. Die Worte des *can.* 19 *Concilii Aurelianensis II.* lauten folgendermaßen: *Placuit, ut nullus Christianus Judaeam, neque Judaeus Christianam in matrimonio ducat uxorem, quia inter huiusmodi personas illicitas nuptias esse censemus. Qui, si commoniti a consortio hoc se separare distulerint, a communionis gratia sunt sine dubio semovendi* [91]. Das vierte Concilium zu Toledo vom J. 633. *Can.* 63. bey Gratian *can.* 10. *Caus. XXVIII. Qu.* 1. will die Ehe nur in dem Falle bestehen laßen, wenn sich der jüdische Ehegatte auch zur christlichen Religion bekennt. Eben so verbietet die Trullanische Synode (*Synodus quinisexta*) vom J. 692. *can.* 72. die Ehe zwischen Orthodoxen und Ketzern bey Strafe der Nichtigkeit. Non licere virum orthodoxum cum muliere haeretica coniungi, neque vero orthodoxam cum viro haeretico copulari. Sed et si quid eiusmodi ab ullo ex omnibus factum apparuerit, irritas nuptias existimari, et nefarium coniugium dissolvi [92].

In der abendländischen Kirche fehlt es nun zwar an einem solchen allgemeinen Kirchengesetz; es ist aber doch

90) S. Berardus P. I. Cap. 28. in Append. pag. 267. sq.

91) Sirmon Concil. Galliae. Tom. I. pag. 229. Harduin Concil. Tom. II. pag. 1175. und Berardus c. l. pag. 268.

92) S. *van* Espen Scholia in canones Trullanos ad can. 72. (*Operum* Tom. VII. pag. 155.)

durch eine allgemeine kirchliche Gewohnheit als Gesetz angenommen, daß die Ehen zwischen Getauften und Ungetauften ungültig sind [93]. Sonst ist eine bloße Religionsverschiedenheit kein Ehehinderniß. Daher sind die Ehen zwischen Katholiken und Protestanten gültig. Zwar haben die Päbste diese Ehen nie gern gesehen, aber mit einer solchen Leidenschaftlichkeit, wie der sonst so aufgeklärte und humane Pabst Benedict *XIV.* hat nicht leicht ein Pabst seinen Unwillen gegen dieselben ausgesprochen. In einer eignen Declaration vom J. 1741. [94]) lobt er den Eifer derjenigen Bischöfe, welche ihre katholischen Untergebenen durch strenge geistliche Strafen zurückhalten, daß sie sich durch kein so gottesräuberisches Band (sacrilego vinculo) mit den Ketzern verbinden, (so werden hier die Protestanten genannt). Es ist auffallend, wie dieser Pabst nun noch alle treue Diener Gottes und der Kirche auf das ernstlichste und nachdrücklichste ermahnt, ihre katholischen Untergebenen beyderley Geschlechts, von solchen Heyrathen möglichst abzuschreken, wodurch sie ihrer Seelen Heil verscherzen, (nuptiis *in propriarum animarum perniciem* ineundis), und daß sie dergleichen Ehen auf alle Weise zu untergraben, und mit Nachdruk zu verhindern sich bestreben sollen. Vollends unerhört aber ist es, wenn Seine päbstliche Heiligkeit

93) *Van* Espen ius eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. XIII. Cap. 9. §. 4. Engel Coll. iur. canon. Lib. IV. Tit. 16. §. 2. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 6. pag. 133,

94) Sie steht aus einer Diss. des ehemaligen berühmten Kirchenrechtslehrers *Franc. Ant.* Dürr de potestate patria circa religionem liberorum, in *Ant.* Schmidt *Thes. iuris. eccles.* Tom. VI. pag. 692. sq.

noch in diesem Jahrhundert (1803.) das Gesuch eines Schweitzer Cantons um die Erlaubniß, daß Katholiken und Reformirte sich ehelichen dürfen, aus dem Grunde abgeschlagen hat, weil das zu Rathe gezogene Cardinals-Collegium dergleichen Ehen nach den Canonen der Kirche für verboten erklärt hätte. Was sind denn dieß für Kirchen Canonen? Es wird sich auf den oben angeführten *can.* 16. *C. XXVIII. Qu.* 1. berufen, welcher von haereticis spricht? Allein mit diesem Namen können doch gewiß die Protestanten auch selbst nach dem canonischen Recht nicht belegt werden, wie neuerlich selbst von einem katholischen Geistlichen gezeigt worden ist [95]. Das canonische Recht erklärt die haeresis für eins der schwersten Verbrechen. Wie kann die Uebung einer Religion dafür gehalten werden, welche in dem Westphälischen Frieden Art. *V.* §. 1. mit der katholischen völlig gleiche Rechte erhalten hat? Man vergleiche den Begriff, den das canonische Recht vom haereticus giebt [96], mit dem Art. *V.* §. 35. vermöge welchen den Protestanten, wegen ihrer Religions-Verschiedenheit in keinem Falle ein Nachtheil zugefügt, noch diejenigen Rechte entzogen werden sollen, von welchen Ketzer nach dem gemeinen Recht ausgeschlossen sind. Ja erklärte nicht selbst Kr. Ferdinand III. in der Instruction an seine Gesandten beym

95) Rechtfertigung der gemischten Ehen zwischen Katholiken und Protestanten in statistisch-kirchlich- und moralischer Hinsicht, von einem katholischen Geistlichen; mit einer Vorrede von Dr. Leander van Eß, Prof. und Pfarrer zu Marburg. Köln 1821. gr. 8.

96) *Can.* 28. *Caus. XXIV. Qu.* 3. Man sehe vorzüglich *van* Espen iur. eccles. univ. P. III. Tit. IV. Cap. 2. (*Oper. a* Gibert *editor.* Tom. IV. pag. 38.)

Friedenscongresse vom 11. Jan. 1646. daß die Lutherischen und Reformirten sub titulo et nomine Augustanae Confessionis *a crimine haereseos* in effectu et quoad usum temporalium et iurium absolvirt seyen [97])? Die neuern aufgeklärten katholischen Rechtsgelehrten, unter denen ich die Namen eines Zeiller's [98]), Michl's [99]), Rechberger's [100]) und Gambsjäger's [1]) mit Ehrfurcht nenne, geben dieses auch einstimmig zu. Nur in einem der neuesten Systeme des Kirchenrechts [2]) liest man noch: „die Ehen zwischen Katholiken und Akatholiken sind zwar gültig, werden aber von der Kirche aus Gründen, die in der Natur der Sache selbst liegen, und welche die Protestanten der That nach ebenfalls anerkennen, sehr mißbilliget." Hier werden denn zum Beleg alle die Texte des canonischen Rechts angeführt, die von haereticis handeln. Doch noch nicht genug. „Um so weniger, fährt der deutsche Kirchenrechtslehrer fort, ist der Pfarrer zu tadeln, der nach der Vorschrift des Pabstes Benedict XIV. bey solchen Ehen die Einsegnung, und andere ausserwesent-

97) S. Gärtners Westphäl. Friedens-Canzley. Th. VII. S. 445. u. Pütter's Geist des Westphäl. Friedens. S. 363. ff.

98) Commentar über das allgem. bürg. Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbl. der Oesterreichischen Monarchie. 1. B. 1. Th. 2. Hauptst. §. 64. S. 212. f.

99) Kirchenrecht für Katholiken u. Protestanten §. 73.

100) Enchiridion iuris eccles. Austriaci. Tom. II. §. 178.

1) Ius ecclesiastic. §. 228. pag. 472.

2) Ferd. Walter's Lehrbuch des Kirchenrechts. (Bonn 1822.) §. 193.

liche Feyerlichkeiten, in denen die freudige Zustimmung der Kirche sich ausspricht, nicht anwenden will.“ Eine solche Aeußerung verdient nicht das Lob einer ächt philosophisch unbefangenen Ansicht der Religion. Wie ungleich aufgeklärter und richtiger urtheilt dagegen der freymüthige Michl? „Können Katholiken und Protestanten, sagt er, andere gerichtliche oder bürgerliche Geschäfte mit einander abmachen, warum sollen sie nicht auch einen Ehevertrag, der an sich besonders nach ächt protestantischen Grundsätzen, nur ein bürgerliches Geschäft ist, mit einander abschließen können? — Oeftere eheliche Verbindungen würden gewiß auch die Herzen beyder Religionstheile in nähere Verbindung bringen!! Wie lieblich spricht sich hier der Geist des unbefangenen Katholiken nach der reinen Lehre Jesu aus? Noch eine Bemerkung von der aufgeklärten Denkungsart dieses Rechtsgelehrten verdient hier einen rühmlichen Platz. „Aus den jetzt allgemein angenommenen Grundsätzen von Gewissensfreyheit und Toleranz, sagt er, fließt, daß nicht allein Ehen zwischen Katholiken und Protestanten gelten, sondern auch zwischen Christen und Nichtchristen bestehen können. Es kommt daher auf die weltlichen Regenten an, ob sie dieses ohnehin zuerst von den römischen Kaisern aufgestellte Ehehinderniß von der Religionsverschiedenheit noch länger beybehalten, oder abschaffen wollen [3].“ Noch weiter geht Carl Küst-

3) Dem großen Sanhedrim in Frankreich legte Napoleon die Frage vor, ob nach dem jüdischen Gesetz eine Jüdin mit einem Christen, oder eine Christin mit einem Juden sich verehlichen könne? Die in der Versammlung gegenwärtigen Rabbiner antworteten, sie seyen zwar eben so wenig geneigt, eine solche Ehe zu segnen, als es

ner [4]): Quum *libertas religiosa*, sagt er, omnibus fidei cuiuscunque asseclis communis, *novissimarum civitatis formularum fundamentum sit atque esse debeat*, atque cunctis inde civibus, qualemcunque religionem sequentibus, eadem iura civilia legibus scribenda sint: *inter varios diversarum religionum sectatores, neque iuris omnino discrimen statuere, neque ob hoc discrimen prohibere matrimonium legislatori licet.*

§. 1216. d.

Vormundschaftliches Verhältniß, ein Ehehinderniß.

Nicht sowohl um Mißbrauch der Gewalt, welche ein Vormund über seine Mündel hat, als vielmehr um Untreue und Vervortheilung bey Vormundschaften zu verhüten, die unter dem Schleier der Ehe gar leicht durch Hinderung abzulegender Rechnung verborgen werden könnte, verbietet das römische Recht ferner

III. die Ehe **zwischen dem Vormund und seiner Pflegbefohlnen**, so wie zwischen dieser, und dem Sohne,

die katholischen Seelsorger sind; indessen beschloß dennoch der Sanhedrim, daß die **zwischen Juden und Christen**, den **Verordnungen des bürgerlichen Gesetzbuchs gemäß**, geschlossenen **Ehen bürgerlich verbindlich und gültig seyen**, und daß sie, obgleich unfähig mit den religiösen Formen bekleidet zu werden, doch auch nach dem jüdischen Gesetz **keinen Fluch** nach sich zögen.

4) Diss. de matrimonio atque ratione, quae ei cum civitate atque ecclesia intercedit. *Lipsiae* 1810. 4. P. I. Cap. I. pag. 18. Man sehe auch LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. VII. Spec. CCCCLXII. Corol. 5.

Enkel, Vater und Bruder des Vormundes, welcher mit demselben noch in derselben väterlichen Gewalt ist; nicht minder zwischen der Mündel, und dem heres extraneus des Vormundes, weil auch dieser aus der Vormundschaft in Anspruch genommen werden kann; nämlich so lang noch keine Rechnung abgelegt worden, und diejenige Zeit noch nicht verstrichen ist, wo die Pflegbefohlne, nach erlangter Großjährigkeit, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch suchen kann; auch wenn der Vormund nicht mehr Vormund ist, aber doch noch die Gefahr der Tutel trägt [5]. Dieses Verbot ist durch ein auf den Antrag des Kaisers Marcus Antoninus gemachtes Senatusconsult eingeführt worden, und wird daher von den römischen Rechtsgelehrten bald dem Senatusconsult, bald der *Oratio Divi Marci* zugeschrieben. Die vorzüglichsten Stellen sind.

L. 59. *D. h. t.* PAULUS *lib. sing. de adsignatione libertorum.* Senatusconsulto, quo cautum est, *ne tutor pupillam vel filio suo, vel sibi nuptum collocet*, etiam *nepos* significatur.

L. 60. IDEM *libro singul. ad Orationem Divi Antonini et Commodi.* Si quis tutor quidem non sit, *periculum tamen tutelae ad eum pertineat*, an *sententia Orationis* contineatur: veluti si pupilla ab

5) S. BROUWER de iure connubior. Lib. II. cap. 20. *Jo. Ortw.* WESTENBERG Divus Marcus. Diss. XLV. *Jo. D'* AVEZAN Tr. de matrimoniis. Cap. 28. (*Th. Meerm.* T. IV. pag. 342.) *Ge. D'*ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. II. cap. 17. BERARDUS Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 7. pag. 139. und *Frid. Es.* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 94.

hostibus capta fuerit[6]), aut falsis allegationibus a tutela se excusaverit, ut ex sacris constitutionibus periculum ad eum pertineat[7])? Et dicendum est, *hos quoque ad Senatusconsultum pertinere:* nam et huiusmodi periculum in numerum trium tutelarum computari comprobatum est.

Wer blos als Magistrat aus einer Vormundschaft belangt werden kann, oder als Bürge für den Vormund haftet, ist unter dem Verbote des Gesetzes nicht mit begriffen; wohl aber der Erbe des Vormundes, wenn er auch ein heres extraneus ist.

L. 60. *§.* 1. *D. eodem.* Sed si *propter alterius personam* periculum ad eum pervenit, videamus, ne extra sententiam *Senatusconsulti* sit: veluti si Magistratus in tutelae periculum incidit, vel fideiusserit quis pro tutore, vel curatore: quia nec in numerum trium tutelarum haec imputantur[8]), *et consequens est, hoc probare*[9])

6) Denn, wenn die Pupillin in feindliche Gefangenschaft geräth, so endiget sich die Tutel. §. 1. *J. Quib. mod. tut. finit.* Kehrt sie zurück, so tritt das ius postliminii ein, als ob sie die Civität nie verlohren gehabt hätte. *L.* 4. *L.* 16. *D. de captiv. et postlim. reversis.* Daher wird durch die Gefangenschaft der Mündel das periculum tutoris nicht aufgehoben.

7) Vid. tot. tit. Cod. *Si tutor vel curator falsis allegationibus excusatus sit.* V. 63.

8) Der Grund, den hier Paulus von der Excusation dreyer Vormundschaften hernimmt, ist eigentlich nicht passend. Er selbst räumt gleich nachher §. 2. ein, daß dieser Grund nicht der gesetzliche, auch nicht durchgreifend sey. Der Grund ist eigentlich der, weil das Se-

L. 64. §. 1. *D. h. t.* CALLISTRATUS *libro II. Quaestionum.* Senatusconsulti, quo prohibentur *tutores* et *filii eorum* pupillas suas ducere, puto *heredem quoque tutoris extraneum* sententia adprehendi: cum ideo prohibuerit huiusmodi nuptias, *ne pupillae in re familiari circumscribantur ab his, qui rationes eis gestae tutelae reddere compelluntur.*

L. 67. §. 2 *D. eodem.* TRYPHONINUS *Libro IX. Disputationum.* Sed et si filiusfamilias tutor puellae vel curator fuit, puto, vel magis *patri eius* non oportere eam nubere: numquid nec *fratri, qui est in eiusdem potestate* 10)?

natusconsult verhüten will, daß durch die Ehe mit der Mündel nicht die Ablegung der Vormundschaftsrechnung vereitelt werde, und die begangene Untreue des Vormundes unentdeckt bleibe. Es geht also nur Vormünder an, und diejenigen, die zur Ablegung der Vormundschaftsrechnung verpflichtet sind, also mit der actio tutelae in Anspruch genommen werden können. S. *Ger.* NOODT Comment. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 496. und *Ant.* FABER Iurisprud. Papinian. scientia Tit. IX. Princ. I. Illat. 11. pag. 341.

9) Der griechische Scholiast ad *Basilica* Tom. IV. pag. 303. erklärt diese Worte ganz richtig so: καὶ ἀκόλουθόν ἐστι ἑκατέρῳ τούτων τὸν τῆς ποτε πουπίλλας ἐπιτρέπεσθαι γάμον. i. e. *et consequens est, utrumque eorum non prohiberi pupillam uxorem ducere.* S. *Ant.* FABER Iurisprud. Papinian. Tit. IX. Pr. I. Illat. 11. pag. 341.

10) *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. VIII. cap. 6. fol. 618. hält diese Stelle für fehlerhaft. Denn es sey nicht zu glauben, daß Tryphonin eine Frage werde aufgeworfen haben, ohne sie zu beant-

Daß der Vormund Rechnung abgelegt hat, hebt das Ehehinderniß noch nicht auf. Es muß auch die Zeit verstrichen seyn, da die Mündel nach erreichter Volljährigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand noch suchen kann, wenn sie auch unterdeßen schon mit einem Andern verheyrathet gewesen, und Mutter geworden wäre, so daß man glauben sollte, sie werde aus Liebe zu ihren Kindern den Vormund nicht schonen.

L. 62. §. 2. *D. h. t.* PAPINIANUS *Libro IV. Responsorum.* Tutor, qui rationes curatori reddidit [11]), puellam suam [12]) *ante constitutum tempus*

worten. Er will also statt *numquid* lieber namque lesen. Allein dazu ist keine Nothwendigkeit vorhanden. Der Sinn der Worte ist der: Sollte nicht auch die Ehe dem Bruder des Vormunds verboten seyn, der mit demselben in einerley väterlichen Gewalt ist? diese Frage beantwortete sich von selbst aus dem Grunde der Personeneinheit. In den Basiliken Tom. IV. pag. 288. Const. 10. heißt es daher geradezu: Οὔτε ὁ πατὴρ τοῦ ἐπιτρόπου, οὔτε ὁ συνυπεξούσιος αὐτοῦ ἀδελφος, δύναται γαμεῖν τὴν ὀρφανήν. S. *Ant.* FABER Iurispr. Papinian. Tit. VIII. Pr. VII. Illat. 8. pag. 327. und WESTENBERG Div. Marcus. Diss. XLV. §. 14. pag. 388.

11) *Cod. Erlang.* reddere debuit. Eben so CHEVALLONIUS und BAUDOZA CESTIUS. Allein die Taurellische Lesart bestätigen die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 5. Const. 29. pag. 292. wo es heißt ἀποδῷ τοὺς λόγους.

12) *Cod. Erl.* pupillam suam, und so auch Haloander, Miräus, Chevallon, Baudoza, Merlin und alle, die ich verglichen habe. Diese Lesart verdient auch wohl unstreitig den Vorzug. Denn die Rechtsgelehrten haben bey der Erklärung des Senatusconsults immer die Worte

aetatis eius [13]) uxorem ducere, nec matrem ex alio matrimonio factam [14]), potest.

L. 6. *Cod. de interdicto matrimonio inter pupillam et tutorem s. curator.* Impp. Valerianus et Gallienus AA. *Lucio.* Si patris tui pupillam, *nondum reddita tutelae ratione*, vel *post redditam nondum exacto quinto et vicesimo anno, nec non utili anno*, uxorem duxisti, nec matrimonium cum ea habuisse, nec filium ex huiusmodi coniunctione procreasse videri potes.

Es kommt auch bey diesem Eheverbote darauf nichts an, ob der Vormund ein tutor administrans, oder blos ein tutor honorarius ist, weil auch dieser subsidiarisch haftet, wenn er dem schlecht verwaltenden Vormunde zuviel nachgesehen hat, welchen Grund Paulus *L.* 60. §. 2. *D. h. t.* anführt. Quid ergo, sagt er, *si honoris*

desselben beybehalten. Nun heißt es im Senatuscon-sult: ne uxorem tutor *pupillam suam* ducat. *L.* 60. §. 5. *D. h. t.* Auch die Basiliken a. a. O. haben τὴν ὀρφανήν. Man sehe *Jo. Guil.* Hoffmann Meletemat. s. Observation. variar. ad Pand. Diss. XXI. §. 2.

13) Das heißt jetzt vor dem 29sten Jahre, weil der Minderjährige, nach dem Eintritt der Großjährigkeit, noch binnen vier Jahren die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen kann. *L. ult. Cod. de temporib. restit. in integr.* S. *Jac.* Cujacius Commentar. in libr. IV. Responsor. Papiniani, ad L. 62. D. h. t. (*Oper. a Fabroto editor.* Tom. I. pag. 156.) Die *Basilica* c. l. haben ἕως οὗ τῶν ἐντελῶν γένηται, *donec perfectae aetatis sit.* Man sehe auch p. 288. Const. IX.

14) *Basilica* c. l. κἂν ἐξ ἑτέρου γάμου τέτοκεν. i. e. *etiamsi ex alio matrimonio liberos ediderit.*

causa tutor datus sit? Quatenus [15]) nec huiusmodi tutela in numerum computatur, numquid idem sit? Sed *ratio* in contrarium ducit: quod dictum est, *et honorarium tutorem periculum solere pati, si male passus sit administrari tutelam* [16]).

Der Sohn des Vormunds darf aber weder beym Leben seines Vaters, noch nach desselben Tode die Mündel heyrathen, über deren Vormundschaft sein Vater noch Rechnung abzulegen hatte, er mag Erbe seines Vaters geworden seyn, oder nicht. Denn der Vater konnte vielleicht nur zum Schein seinen Sohn enterbt, oder, wenn er etwa schon emancipirt war, präterirt, und ihm dennoch heimlich und betrüglicher Weise sein Vermögen zugewendet haben, welches also der Vormundschaft wegen in Anspruch genommen werden kann, wie Tryphonin sagt *L.* 67. *pr. D. h. t.* Non solum vivo tutore, sed et *post mortem eius*, filius tutoris ducere uxorem prohibetur eam, cuius tutelae rationi obstrictus pater fuit. Nec puto interesse, *exstiterit ei heres filius*, an *abstinuerit paterna hereditate*, an *nec heres fuit*, forte exheredatus, aut praeteritus, emancipatus [17]): *nam et fieri potest, ut per fraudem in*

15) *Quatenus* ist hier soviel als quandoquidem.

16) Eine tutela honoraria kommt zwar nicht bey der Berechnung der drey Tutelen in Anschlag, welche von der Uebernehmung einer neuen Vormundschaft befreyen. Dennoch ist sie ein Ehehinderniß nach dem Senatusconsult. Denn auch der tutor honorarius haftet actione tutelae. *L.* 3. §. 2. *D. de administrat*, *et peric. tutor.*

17) *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. (*Operum* Tom. II. pag. 497.) glaubt, es fehle hier etwas an dem vollkom-

eum[18]) *collocata bona patris propter tutelam revocari oporteat.*

Wenn nun gleich das Senatusconsult ausdrücklich nur die Ehe verbietet, so versteht es sich doch von selbst, daß auch die Sponsalien nicht erlaubt sind. Denn Paulus schließt ganz richtig, wenn er *L.* 60. §. 5. *D. h. t.* sagt: cum qua nuptiae contrahi non possunt, haec plerumque ne quidem *desponderi* potest: nam quae duci potest, iure despondetur. Vorzüglich gehört hieher

menen Sinn. Er supplirt daher nach praeteritus, *suus vel* emancipatus. Ihm stimmt auch Westenberg Div. Marcus Diss. XLV. §. 12. bey. Allein das *emancipatus* geht auf praeteritus, und ist soviel als, *cum esset emancipatus*, so erklären es auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 5. const. 33. pag. 293. wo es heißt: *εἴτε γέγονεν ἀυτοῦ κληρονόμος, εἴτε ἀπόκληρος, ἢ ἀμνημόνευτος., αὐτεξούσιος ὤν, γέγονεν.* Das *exheredatus* begreift also den Fall in sich, wenn der Sohn des Vormundes ein suus heres seines Vaters ist. *Ant.* Faber Iurisprud. Papinian. Tit. IX. Pr. I. Illat. 11. pag. 343.

18) Statt in *eum* will *Ant.* Faber in Iurispr. Papinian. c. l. pag. 343. vielmehr in *alium* lesen, weil der Fall möglich sey, daß der Sohn auch selbst die Güter des Vaters in fraudem Senatusconsulti einem Andern zuwenden könnte. Allein diese Emendation ist schlechterdings zu verwerfen, weil dadurch ein ganz anderer Sinn und Fall untergeschoben wird. Die Richtigkeit der Leseart bestätigen auch die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 5. Const. 33. pag. 293. *ἴσως γὰρ δεῖ τὰ εἰς βλάβην αὐτῷ παρὰ τοῦ πατρὸς δοθέντα ἀνατραπῆναι.* i. e. *fortasse enim per fraudem in*

L. 15. *D. de sponsalib.* Modestinus *libro singulari de enucleatis casibus.* Tutor *factam* [19]) *pupillam suam* nec ipse uxorem ducere, nec filio suo in matrimonio adjungere potest. *Scias tamen, quod de nuptiis tractamus* [20]), *et ad sponsalia pertinere* [21]).

Es ist aber die dem Senatusconsult zuwider geschlossene Ehe nicht nur ungültig, sondern sie hat auch noch andere Strafen zur Folge. Hieher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 66. *D. h. t.* Paulus *libro II. Sententiarum.* Non est matrimonium, si tutor vel curator pupillam suam intra vicesimum et sextum annum [22])

eum a patre collata revocari oportet. Man sehe auch *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XIII. cap. 24. circ. fin.

19) *Factam* soll wohl soviel heißen, als puberem factam, *γενομένην*, gewesene Mündel. In den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 1. Const. 13. pag. 215. heißt es: Ο *γενομενος ἐπίτροπος*, der gewesene Vormund.

20) Cod. Erlang. *tractavimus.*

21) S. *Jo. Flor.* Rivini Exerc. iuris civ. ad Modestini casus enucleatos. (*Lipsiae* 1727. 4. §. 16. et 17.

22) Dieser annus vicesimus sextus ist, wie Noodt Comment. ad Dig. h. t. *Oper.* Tom. II. pag. 496. bemerkt, der annus utilis, binnen welchem zu den Zeiten des Paulus die Mündel, nach erreichter Volljährigkeit, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand suchen konnte, wie auch noch deutlicher aus *L.* 28. §. 3. *D. de lib. et postum. L.* 6. *Cod. de interd. matr. inter pupil. et tut.* erhellet. Da Justinian nachher diesen

non desponsam a patre, *nec testamento destinatam*, ducat uxorem, vel eam filio suo iungat: quo facto uterque *infamatur* [23]) et pro dignitate pupillae *extra ordinem coercetur*: nec interest, filius sui iuris, an in patris potestate sit.

L. ult. D. de legatis I. Marcianus *libro II. Institutionum.* Si tutor pupillam suam contra Senatusconsultum uxorem duxit, illa quidem ex testamento eius capere potest, *ipse autem non potest:* et merito: delinquunt enim hi, qui prohibitas nuptias contrahunt: et merito puniendi sunt, quod imputari non potest mulieri, quae a tutore decepta est.

L. 7. D. ad Leg. Jul. de adulter. coerc. idem *libro X. Institutionum*, Qui pupillam suam duxit uxorem contra Senatusconsultum, nec matrimonium est hoc, et potest *adulterii accusari*, qui tutor et curator fuit, et infra vicesimum sextum annum duxit uxorem *non a patre desponsam*, vel *destinatam*, vel *testamento denominatam.*

L. 7. Cod. de interd. matrim. inter pupillam et tut. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. *Paragonio.* Si tutor vel curator pupillam vel adultam quondam suam, sibi vel filio suo,

annus utilis in ein quadriennium continuum verwandelt hat; so heißt es in den *Basilicis* Tom. IV. pag. 292. Const. 32. ἔισο τοῦ κέ. ἐνιαυτοῦ, καὶ τοῦ τετραετοῦς χρόνου της αποκαταστάσεως.

23) Ueber den Sinn dieser Worte vergleiche man den 5. Th. dieses Commentars §. 379. Not. 85. S. 175.

nullo divino impetrato beneficio, in matrimonio collocaverit: manet infamia contra eum, veluti confessum de tutela: *quia huiusmodi coniunctione fraudem administrationis tegere laboravit:* et dos data per condictionem repeti potest.

L. 32. §. *ult. D. de donat. inter vir. et uxor.* Ulpianus *libro XXXIII. ad Sabinum.* Sed si — *tutor pupillam desponderit*, vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat? Et putem, *etiam sponsalia improbanda, et quasi ab indignis ea, quae donata sunt, ablata, fisco vindicari.*

L. 17. *pr. D. de act. rer. amotar.* Ulpianus *libro XXX. ad Edictum.* Si concubina res amoverit, hoc iure utimur, ut furti teneatur. Consequenter dicemus, ubicunque cessat matrimonium, utputa in ea, *quae tutori suo nupsit*, vel contra mandata convenit, vel sicubi alibi cessat matrimoninm, *cessare rerum amotarum actionem:* quia competit *divortii causa.*

Es giebt jedoch Fälle, wo das Eheverbot wegfällt. Dahin gehört,

1) wenn der Vater selbst seine Tochter dem Vormunde zur Frau bestimmt, und sie entweder noch bey seinem Leben mit ihm verlobt, oder ihn in seinem Testamente zum Manne seiner Tochter ernannt hat.

L. 36. *D. h. t.* Paulus *libro V. Quaestionum.* Tutor, vel curator [24]) adultam [25]) uxorem ducere

24) *Jac.* Raevardus Varior. Lib. II. cap. 10. hält die Worte: vel curator für einen Tribonianismus, weil

non potest: *nisi a patre desponsa, destinatave, testamentove nominata conditione nuptiis, secuta fuerit* [26]).

zu des Paulus Zeiten Frauenspersonen keinen Curator erhalten hätten, sondern in einer immerwährenden Tutel gestanden wären. Allein hier ist von keiner Geschlechtstutel die Rede, sondern von einem *tutor* aetatis. Daß aber nach den Zeiten des Kaisers Marcus auch mündige Frauenspersonen Curatoren zur Verwaltung ihres Vermögens erhalten haben, beweisen *L.* 20. *L.* 37. *L.* 60. §. 1. *L.* 67. §. 2 *et* 3. *D. h. t.* wo eines curator puellae ausdrücklich gedacht wird. S. *Ant.* SCHULTING Jurispr. vet. anteiust. pag. 303. not. 34. *Ev.* OTTO Diss. de tutela feminarum perpetua. Cap. I. §. 15. und *Jo.* WYBO Tribonianus ab emblemat. *Wissenbachii* liberat. Cap. IV. §. 8. Wie übrigens die Curatel bey minderjährigen Frauenspersonen auf die Geschlechtsvormundschaft eingewirkt habe, zeigt von Savigny in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. 3. B. S. 347.

25) HALOANDER liest *pupillam vel* adultam, ohne alle Auctorität.

26) So liest TAURELLIUS. Allein nicht alle Handschriften und Ausgaben stimmen hiermit überein. Unser Cod. Erlang. hat *nuptias* secuta fuerit. Eben so lesen *Claud.* CHEVALLONIUS, *Lud.* MIRAEUS, *Pet. ab* AREA BAUDOZA CESTIUS, und *Guill.* MERLINUS. HALOANDER behält zwar die gemeine Lesart *nuptiis* bey, liest aber: destinatave *testamento*, *nominatim* conditione nuptiis, secuta fuerit. CUJACIUS Observation. Lib. XVI. Cap. 33. meint, man könne allerdings *nuptias* lesen, aber besser sey es: *conditionem nuptiarum* secuta fuerit zu lesen. Dieser Lesart giebt auch *Ant.* FABER Jurisprud. Papinian. Tit. IX. Princ. I. Illat. 11. pag. 347. Beyfall. Allein die meisten geben der erstern Lesart: *nuptias* secuta fuerit, den Vorzug, und machen nach conditione

Hierher gehören noch die bereits oben vorgekommenen *L.* 66. *D. h. t.* und *L.* 7. *D. ad Leg. Jul. de adult. coerc.* vorzüglich aber

ein Komma. So *Ger.* Noodt Commentar. ad Dig. h. t. pag. 497. *Jo.* van de Water Observat. iuris Rom. Lib. III. Cap. 5. pag. 274. und *Jo. Ortw.* Westenberg Div. Marcus. Diss. XLV. §. 23. Die Taurellische Lesart ohne Emendation vertheidigen dagegen *Ge. D'*Arnaud Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 15. pag. 318. *Jo. Guil.* Marckart Interpretation. receptar. iuris civ. Lectionum. Lib. II. Cap. 9. §. II. pag. 235. und *Jo.* Jensius ad Rom. iuris Pandectas et Codicem Stricturae (*Lug. Batav.* 1764. 4.) p. 172. jedoch auf verschiedene Art. D'Arnaud nimmt das Wort *conditio* in der gewöhnlichen Bedeutung, und bezieht die Worte secuta fuerit auf conditio, darauf bezieht er auch nominata. *Conditio secuta est* heiße aber hier soviel als conditio evenit, wie dieser Ausdruck auch von Javolen *L.* 67. *D. de condit. et demonstrat.* gebraucht worden sey. Der Sinn der Worte sey also folgender: wenn der Vater eine Bedingung im Testament genannt hätte, unter welcher seine Tochter den Vormund heyrathen solle, und diese erfolgt, oder erfüllet wäre. Die beyden übrigen aber nehmen das Wort *conditio* in der Bedeutung, wie dieses Wort vom Vater gebraucht wird, wenn er den Töchtern einen Mann zu verschaffen sucht. So sagt z. B. Marcian *L.* 19. *D. h. t.* vom Vater: *conditionem filiabus quaerit.* Eben so Livius *Lib. III. cap.* 45. *in fin.* So sagte man ferner bey Heyrathen, *bona conditio est.* Quinctilian *Declamat. CCLVII.* in fin. Wir sagen im Deutschen, es ist eine gute Parthie. In dieser Bedeutung sagt dagegen Seneca *de Beneficiis* Lib. I. cap. 9. *abominanda conditio est.* Mehrere Stellen führen *Jo. Frid.* Gronovius Observation. Lib. I. cap. 6. pag. 48. (edit.

L. 6. Cod. de interd. matrim. inter pup. et tut. — Sane si hoc pater puellae, cum decederet, postu-

Platner. Lipsiae 1755. 8.) DRAKENBORCH ad *Livium III.* 45. und *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. IV. cap. 13. in fin. an. Man sehe auch *Frid. Ern.* RUHKOPF ad *Senecam.* Vol. IV. pag. 25. Daher wird denn auch *conditio* für die Ehe selbst genommen, und von der Tochter gesagt; *sequitur conditionem*, i. e. sequitur *nuptias*, wenn sie in die Parthie, in die Ehe williget. So erklärt sich endlich auch die Redensart *nominare conditionem*, der Tochter ihren künftigen Mann bestimmen. Diese Erklärung verdient hier allerdings den Vorzug. Es unterscheidet sich jedoch Marckart von Jensen noch darin, daß erster bey den Worten *secuta fuerit*, eine Ellipse annimmt, und *eam* sc. conditionem dabey verstehen will. Alle Dunkelheit vertreiben jedoch auch hier wieder die BASILICA Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 4. Const. 18. pag. 243. Οὔτε ὁ ἐπίτροπος, οὔτε ὁ κουράτορ δύναται, τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν ποτὲ, ἢ τὴν κουρατωρευομένην πρὸς γαμον λαβεῖν· πλὴν εἰ μὴ ἄρα ταύτην αὐτῷ περιων ἐμνήστευσεν ὁ πατὴρ, ἢ καὶ ἄλλως ἀφώρισεν, ἢ κατὰ τὴν οἰκείαν διαθήκην ἐμνημόνευσεν, ὥστε τυχόν γαμηθῆναι ταύτην, τῷ Πέτρῳ, καὶ συνέβη τὸν Πέτρον ἐπίτροπον, ἢ κουράτωρα γενέσθαι τῆς κόρης, ᾧ τινι τὴν βούλησιν φυλάττουσα τοῦ πατρὸς συνηφθῃ πρὸς γάμον ἡ κόρη: id est. *Neque tutor, nec curator potest eam, cuius tutelam administravit, aut curam, uxorem ducere: nisi pater superstes eam ipsi despondit, aut etiam aliter destinavit, testamentove nominavit, puta ut Petro nuberet, et contigerit, ut Petrus tutor fieret, aut curator puellae, cui puella voluntatem patris secuta nupsit.* Man verbinde damit noch das Scholion s. pag. 301.

lavit, et nuptiae (sc. cum tutore) rite contractae, et filius videtur iure susceptus.

Geschieht es mit Einwilligung des Vaters der Mündel, so kann auch der Sohn des Vormundes die Mündel seines Vaters gültig heyrathen.

L. 69. §. 5. *D. de iure dot.* Papinianus *libro IV. Responsor.* Nuptiis *ex voluntate patris puellae* cum *filio tutoris* iure contractis, dos pro modo facultatum et dignitate natalium recte per tutorem constitui potest.

L. 7. *Cod. de donat. inter vir. et uxor.* Imp. Alexander. Si ex voluntate patris tui filio tutoris nupta es, collata in maritum donatio ipso iure irrita est. Sed si matrimonium iure non voluit, licet ipso iure donatio tenuerit: quia tamen indigna persona eius fuit, qui nec maritus potest dici: utiles actiones super revocandis his tibi competunt.

Hat der Vater die Wahl der Mutter überlaßen, an wen sie die ihnen gemeinschaftliche Tochter verheyrathen wolle; so darf sie doch den Vormund nicht wählen.

L. 62. *pr. D. h. t.* Papinianus *eodem.* Quamquam in arbitrio matris pater esse voluerit, cui nuptum filia communis collocaretur, *frustra tamen ab ea tutor datus eligeretur*: neque enim intelligitur pater de persona tutoris cogitasse: cum ideo maxime matrem praetulit, ne filiae nuptias tutori committeret.

2) Wenn der Vormund die Erlaubniß, seine Mündel zu heyrathen, durch ein landesherrliches Rescript ausgewirckt

hat, welche Ausnahme in der oben angeführten *L.* 7. *Cod. de interd. matrim. inter pupill. et tutor.* erwähnet wird.

5) Wenn der Großvater die Vormundschaft über die Enkelin von seinem verstorbenen emancipirten Sohne führte, so kann er seine Mündel an den Enkel von einem andern Sohne gültig verheyrathen, weil hier die gleiche Zuneigung gegen die sich heyrathenden Enkel allen Verdacht einer Vervortheilung ausschließt.

L. 67. §. 1. *D. h. t.* TRYPHONINUS *libro IX. Disputationum.* De uno dubitari potest: si avus tutelam gessit neptis ex filio emancipato natae, an nepoti ex altero filio eam collocare possit, sive emancipato, sive manenti in potestate: *quia par affectionis causa suspicionem fraudis amovet* [27]). Sed etsi Senatusconsultum stricto iure contra omnes tutores nititur, attamen *summae affectionis avitae intuitu*, huiusmodi nuptiae concedendae sunt.

4) Wenn Jemand kein wahrer Vormund ist, sondern die Güter einer unmündigen Frauensperson nur unter dem angenommenen Namen eines Vormundes verwaltete, so

27) Der hier angeführte Grund scheint nicht am rechten Orte zu stehen. Die denselben enthaltenden Worte sollten sich eigentlich an die letzteren Worte: concedendae sunt, anschließen, wie auch *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 497. erinnert hat. Daß dergleichen Versetzungen der Worte in den Pandecten nicht ungewöhnlich sind, ist schon an einem andern Orte (Th. 23. § 1215. S. 411. Not. 87.) bey Gelegenheit der *L.* 23. *D. de adopt.* bemerkt worden. Noodt führt noch an einem andern Orte, de foenore et usuris. Lib. II. cap. 5. ein ähnliches Beyspiel aus *L.* 10. §. 3. *D. Mandati* an.

kann zwischen ihm oder seinem Sohne und der Mündel die Ehe Statt finden.

L. ult. Cod. de interd. matr. inter pup. et tut. Impp. Leo *et* Anthemius. Si quis tutoris vel curatoris nomine usurpato, id est, pro tutore seu curatore negotiorumve gestore res pupillae administraverit, eamque sibi filiove suo copulaverit: *tales nuptias stare, et non ad exemplum tutorum infirmari sancimus:* ne ex huiusmodi subtili, vel maligno tractatu matrimonia, seu proles ex his progenita, vel dos super his data, vel promissa, aliquam laesionem, vel calumniam patiantur.

Zwar kann auch ein solcher Nichtvormund mit der actio protutelae belangt werden [28]), allein nicht jede Verbindlichkeit zur Ablegung einer schuldigen Rechnung bewirkt ein Ehehinderniß, wenn diese Verbindlichkeit nicht aus einem wahren vormundschaftlichen Verhältniß entspringt. Nun sagen die Gesetze [29]) ausdrücklich, qui pro tutore negotia gessit, *tutor non est*, nec eadem huius, quae *tutoris* est rerum pupilli administratio. Daher kann der protutor auch noch vor dem Eintritt der Pubertät der Mündel belangt werden [30]). Man band sich aber hier, um das Eheverbot nicht selbst zum Nachtheil der Unmündigen zu weit auszudehnen, soviel möglich an die Worte, wie aus der angeführten *L. ult. Cod.* selbst

28) *L. 1. pr. D. de eo, qui pro tutore prove curat. negotia gessit.* S. Archiv für die civilist. Praxis von Gensler rc. 1. B. Nr. XVIII.

29) *L. 1. §. 3. L. 2. D. eodem.*

30) *L. 1. §. 3. cit.*

erhellet. Cujaz [31]) führt noch einen andern Grund an, nämlich der protutor habe keine solche Gewalt über die Mündel, als ein wahrer Vormund. Allein daß man bey dem gesetzlichen Ehehinderniß auch die Gewalt des Vormunds über die Mündel berücksichtiget habe, ist sehr zweifelhaft. Zwar sagt Papinian *L.* 63. *D. h. t.* Praefectus cohortis, vel equitum, aut tribunus, contra interdictum, eius provinciae duxit uxorem, in qua officium gerebat: matrimonium non erit. Quae species *pupillae* comparanda est, *cum ratio potentatus nuptias prohibuerit.* Allein, daß hier die ratio potentatus nicht auf die Pupillin, sondern auf die foemina provincialis gehe, welche aus diesem Grunde in Absicht auf die Strafe der verbotenen Ehe gleiche Rechtsbegünstigung mit der Pupillin, die ihren Vormund geheyrathet hat, zu genießen haben solle, hat Pufendorf [32]) ganz deutlich dargethan.

5) Wenn die gewesene Mündel noch vor abgelegter Vormundschaftsrechnung starb, so kann deren hinterlassene Tochter den Sohn des gewesenen Vormundes ihrer Mutter gültig heyrathen. Der Grund ist, weil diese nicht als Mündel, sondern als Erbin ihrer Mutter, mithin nicht so, wie die Mündel selbst, begünstiget, gegen den gewesenen Vormund derselben auf Ablegung der Rechnung klagt, und dieser jetzt als ein bloßer Erbschaftsschuldner angesehen wird, ein bloßes Schuldverhältniß aber an sich noch kein Ehehinderniß wirkt.

31) Recitation. solemn. ad Tit. Libri V. Cod. de interd. matrim. Man sehe auch Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 20. nr. 10.

32) Cit. loc. §. 2.

L. 67. §. 5. *D. h. t.* Tryphoninus. Si puellae tutelam Titius administravit, vel curator negotia gessit, eaque, nondum recepta ratione, decessit, filia herede relicta; quaerenti, an eam filio suo posset Titius collocare in matrimonium [33]? dixi, posse: *quia ratio hereditaria esset, et sit simplex debitum: alioquin omnis debitor eam, cui obligatus esset ex aliqua ratione, prohibetur sibi filioque suo coniungere* [34]).

Uebrigens ist

6) die Ehe zwischen der Mutter der Mündel und dem Vormunde ihrer Tochter, auch zwischen der Mutter und dem Sohne des Vormundes; so wie die Ehe zwischen der Tochter des Curators und dem Pflegbefohlnen desselben erlaubt.

L. 2. *C. de interd. matrim.* Imp. Alexander A. Mater pupillae cum tutore filiae suae, vel filio tutoris nuptias contrahere non prohibetur.

L. 5. *Cod. eodem.* Imp. Philippus A. et Philippus C. *Apuleio.* Curatorem adulto suo filiam suam nuptui collocare non posse, falso tibi persuasum est.

Eben dieses bestätiget auch Callistratus *L.* 64. §. 2. *D. h. t.* Tutor autem pupilli non prohibetur filiam

33) *Cod. Erlang.* Quaeritur, an eam possit Titius collocare filio suo in matrimonio.

34) S. *Scholia Basilicor.* Tom. IV. pag. 275. Sch. e. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. pag. 497. und Pufendorf c. l. §. 4.

suam collocare pupillo suo in matrimonium [35]. Auch kann

7) der Adoptivsohn des Vormundes die Mündel seines Adoptivvaters ungehindert heyrathen, wenn ihn der Adoptivvater emancipirt. Bey dem leiblichen Sohne des Vormundes hebt die Emancipation das Hinderniß nicht auf, wenn ihn auch der Vater in eine vollkommene Adoption gegeben hätte.

L. 60. *§.* 6. *et* 7. *D. h. t.* Paulus *lib. sing. ad Orationem D. Antonini et Commodi.* Quid ergo si adoptivus filius tutoris duxerit pupillam illicite, posteaque emancipatus fuerit? credendum est, *de adoptivis emancipatis Senatum non sensisse:* quia post emancipationem in totum adoptivae familiae obliviscuntur [36]. — Naturales liberi, *licet in adoptionem dati fuerint*, Senatusconsulto continentur.

Endlich wird auch

8) die schon geschlossene Ehe durch das erst nachher eintretende Hinderniß der Vormundschaft nicht aufgehoben, sondern nur das Hinderniß muß aus dem Wege geräumt werden. Es lassen sich hier folgende Fälle gedenken.

a) Des Titius Sohn heyrathet das Mädchen, welches deine Pupillin war. Nachher adoptirst du den Titius, oder desselben Sohn. Hierdurch wird nicht die Ehe aufgehoben,

35) Man vergleiche Pufendorf c. l. §. 6.

36) *Obliviscuntur* bezieht sich unstreitig auf adoptivi emancipati. Das Wort *oblivisci* wird also hier nicht παθητικῶς gebraucht, wie einige Ausleger behaupten wollen, welche mit Recht Ducker Opusc. var. de Latinitate ICtor. veter. pag. 381. Not. 4. widerlegt.

sondern nur die Adoption ist nichtig, wenn du noch nicht Rechnung abgelegt hast. Dieß hat nun noch weniger Zweifel, wenn du noch jetzt die Curatel über diejenige führst, deren Mann du adoptirt hast.

L. 67. *§.* 3. *D. h. t.* TRYPHONINUS. Sed videamus, si Titii filius duxerit uxorem eam, quae tua pupilla fuit, deinde Titium, vel filium eius adoptaveris, an perimantur nuptiae, ut in genere adoptato dictum est: an adoptio impediatur? *Quod magis dicendum est, et si curator, dum gerit curam, adoptaverit maritum eius puellae, cuius curator est* [37]*:* nam finita iam tutela, et nupta puella alii, vereor ne longum sit, adoptionem mariti eius impedire: *quasi propter hoc interponatur, ut ratio tutelae reddendae cohibeatur:* quam causam prohibitionis nuptiarum contrahendarum *oratio Divi Marci* continet.

Es schien zwar in dem ersten Falle, da die Tutel mit dem Eintritt der Ehemündigkeit bereits geendiget, auch die Mündel mit einem Andern verheyrathet war, als welchem das Senatusconsult die Ehe mit ihr verbietet, die Frage, ob die Adoption ihres Mannes dem gewesenen Vormunde

37) In mehreren ältern Ausgaben fängt nach den Worten dicendum est, eine neue Periode an, und das et ist weggelassen, dagegen aber sind nach curator est, die Worte ergänzt: *idem iuris est.* So lesen Haloander, Miräus, Baudoza und Merlinus. Allein, daß die Taurellische Lesart die richtigere sey, bestätiget der griechische Scholiast in den Basiliken Tom. IV. pag. 274. der unsern Text ganz so in das Griechische übertragen hat, wie er nach Taurellius lautet.

gestattet sey, wenigerem Zweifel unterworfen zu seyn, als in dem andern, da der Curator, unter welchem die verheyrathete Pflegbefohlne noch steht, den Mann derselben adoptiren will. Allein auch in dem erstern Falle schien die Adoption eben sowohl, wie in dem andern, unzuläßig zu seyn, weil auch hier der Grund des gesetzlichen Verbots eintritt, welcher darin besteht, auf alle Weise zu verhüten, damit nicht die Ablegung der Vormundschaftsrechnung verhindert werde, und hierdurch die Untreue des Vormundes unentdeckt bleiben möge. Dieß könnte nun auch gar leicht durch eine solche Adoption geschehen. So hebt sich denn auch der Zweifel, den man dagegen erheben könnte, nämlich daß das Gesetz zwar die Ehe mit der Mündel, aber nicht die Adoption ihres Mannes, dem Vormunde verbiete. Es kann nun auch darauf nichts ankommen, ob die Tutel geendiget sey, oder nicht, so lange die Rechnung noch nicht abgelegt ist. So klar dieses an sich zu seyn scheint, so macht doch die Fassung der Worte, in welche hier Tryphonin seine Meinung eingekleidet hat, nicht wenig Schwierigkeit. Denn wenn er sagt: *vereor ne longum sit, adoptionem mariti eius impedire;* so scheinen diese Worte einen affirmativen Sinn zu verrathen. Und in diesem Sinne nimmt sie auch wirklich Gerh. Noodt [38]). Man vernehme seine Erklärung. TRYPHONINUS ait, *putare se,* longum esse, adoptionem mariti impedire, si puellae tutor, finita tutela, et puella alii nupta, velit eius maritum adoptare. Eben diesen Sinn legt auch Anton Faber [39]) dem vereor ne bey, und tadelt den Tribonian, daß er das Fragment des Tryphoninus

38) Observation. Lib. II. cap. 6. (*Oper*. Tom. I. pag. 325.)

39) Jurisprud. Papinian. Tit. IX. Princ. I. Illat. 11. pag. 345.

verfälscht habe. Tryphonin habe die Adoption für durchaus unstatthaft gehalten, und auch nach dem selbst angeführten Grunde des Senatusconsults für unstatthaft halten müssen. Allein Tribonian habe ihm die ganz unrichtige Meinung angedichtet, als ob die Adoption nur in dem Falle unstatthaft sey, da die Curatel noch fortdauert. Andere hingegen legen den Worten vereor ne einen negativen Sinn bey, wie Wilhelm Budäus [40]), welcher sie so erklärt: opinor, *non* esse longum, etc. Es ist dieses überhaupt in den Fragmenten der römischen Rechtsgelehrten, welche in unsern Pandecten enthalten sind, eine sehr gewöhnliche Art sich auszudrücken, deren sie sich in zweifelhaften Fällen zu bedienen pflegen, und wodurch sie ihre Meinung mit einer ihnen eignen Bescheidenheit äußern, wovon Budäus mehrere Beyspiele, noch mehrere aber Franz Duarenus [41]) angeführt hat [42]). Sie ist aber auch bey Cicero [43]) nicht ungewöhnlich. Bey dieser zweifelhaften Art zu respondiren ist dann aus dem Zusammenhange zu beurtheilen, auf welche Seite sich die Meinung des Auctors hinneigt. Daher haben die

40) Annotation. prior. et posterior. in Pandectas h. t. ex L. In eo iure. §. ult. D. de ritu nuptiar. fol. 201. parte aversa. in fine. (*Lutetiae* 1556. f.)

41) Disputation. anniversar. Lib. II. cap. 11. Man vergleiche auch Hadrianus de Sermon. lat. v. *Negatio.* und *Jo. Gotfr.* Sammet receptar. Lectionum ad *Jauchium* Diss. I. Cap. XI. §. 2.

42) *L.* 45. §. *ult. D. h. t. L.* 9. §. 1. *D. de iure dot. L.* 59. §. 1. *D. eodem. L.* 20. §. 1. *D. de bonor. poss. contra tabb. L.* 1. §. 12. *D. de cloacis.*

43) Man sehe *Epistol. ad Atticum.* Lib. VI. Ep. 4. Lib. VII. Ep. 12.

Worte vereor ne bald einen affirmativen bald einen negativen Sinn [44]), und es ist oft schwer, den richtigen Sinn zu treffen [45]). Wir haben das Beyspiel hier vor Augen. Es fragt sich also, was will Tryphonin durch die Worte: *vereor, ne longum sit*, ausdrücken? Der Ausdruck *longum esse* wird hier verschiedentlich erklärt. Accursius erklärt des Wort *longum* durch a ratione remotum. Anton Faber [46]) hingegen verwirft diese Erklärung, und glaubt, es wolle soviel sagen, ne sit nimis longe petitum. Budäus [47]) sagt incom-

44) S. *Laur.* Valla Elegantiar. Lib. III. cap. 27. Sanctius Minerva Lib. IV. cap. 15. *Jac.* Perizonius ad *Eundem.* num. 29. *Jo. Gottl.* Schwartz Animadversion. ad *Turselinum* de particulis voc. *Vereor* pag. 660. und Corte ad *Plinium* Lib. I. Epist. 8.

45) Ein Beyspiel giebt die so sehr bestrittene *L.* 45. §. *ult. D. h. t.* in welcher dem vereor ne, womit Ulpian seine Meinung bescheiden äußert, von *Abr.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 11. §. 7. *B.* Brissonius de iure connubior. pag. 42. *Jo. Gottl.* Heineccius Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 12. pag. 248. sq. und *Jo.* Jensius Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Cod. pag. 56 et 169. eine bejahende Bedeutung, von Budaeus c. l. hingegen, *Ger.* Noodt Observat. Lib. II. cap. 6. *Herm.* Cannegieter Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 10. pag. 71 sq. und *Franc.* Ramos del Manzano Commentar. ad Leges Juliam et Papiam. Lib. IV. Reliquat. XXVIII. n. 10. (*Th. Meerm.* Tom. V. pag. 492.) ein negativer Sinn beygelegt wird.

46) Loc. cit.

47) Loc. cit.

modum. Brisson[48]) führt zwar unter dem Worte *longus* unsere Gesetzstelle mit den Worten: *ne longum sit* an, erklärt aber die Bedeutung des Worts nicht. Franz Connanus[49]) scheint mir allein die richtige Bedeutung des Wortes getroffen zu haben, wenn er bey der Erklärung unsers Gesetzes sagt: *longum*, id est, *nec utile aut necessarium*: nam quidquid fit necessario et utiliter, nunquam nimis *longum* videtur, etiamsi sit longissimum. Er unterstützt diese Bedeutung durch eine Stelle aus Cicero[50]), und Joh. Calvinus[51]), der mir schon mehrmals besser gerathen hat, als Brisson, hat diese Bedeutung auch in sein Lexicon aufgenommen. Das Ganze wäre nun also auf folgende Art ins Reine zu bringen. Tryphonin wirft hier die Frage auf, wenn der Vormund, welcher noch nicht Rechnung abgelegt hat, den Ehemann seiner gewesenen Mündel, oder desselben Vater adoptirt, ob hierdurch eben so, wie durch die Adoption des Schwiegersohns[52]), die Ehe getrennt, oder nur die Adoption gehindert werde? Tryphonin entscheidet diese Frage in den Worten: *quod magis dicendum est.* Der Sinn derselben kann nun wohl, so wie die Frage gestellt ist, kein anderer seyn, als der, nach der richtigeren Meinung sey nur die Adoption für ungültig zu halten, die Ehe selbst

48) De Verbor. iur. iur. Significat. V. *Longus.*

49) Commentarior. iuris civ. Tom. II. Lib. VIII. Cap. 6. fol. 618. *Lutetiae* 1553 f.)

50) *De natura Deorum.* Lib. I. cap. 12. Ich füge hinzu Tacitus *Histor. Lib. II. cap.* 2.

51) Lexic. iuridic. Voc. *Longum esse.*

52) S. den 23. Th. §. 1215. S. 405 ff.

aber deswegen nicht aufzuheben. So erklärt diese Worte auch Accursius. Er sagt: nihil iis esse falsius, qui tradunt, per subsequentem adoptionem dissolvendum esse coniugium. Das Gegentheil behauptet aber dennoch Connanus[53]. At ego nihil, sagt er, *Accursio* esse puto mendacius, et quod magis repugnet *Tryphonini* responso. Allein die Erklärung des Accursius bestärken auch die Basiliken[54]. Wenn nun Tryphonin hinzufügt: *et si curator* etc. so hat er seine Meinung keinesweges blos auf den Fall, der in diesen Worten enthalten ist, einschränken wollen, wie Anton Faber[55] wähnt, (dem die gemeine Lesart *et si* keinen Sinn zu haben scheint, sondern vielmehr dafür *si* lesen will;) sondern Tryphonin setzt mit seiner Entscheidung noch einen andern Fall in Verbindung, wo das Hinderniß der Adoption vollends außer allen Zweifel ist, nämlich wenn der Curator, indem er noch die Curatel führt, den Mann des Mädchens adoptirt hat, deren Curator er ist. Tryphonin entscheidet also hier eigentlich zwey Fälle, wie theils die Worte *et si curator* etc. theils die folgenden Worte: *nam finita iam tutela* deutlich genug anzeigen. Denn jenes *et si* heißt hier soviel, als etiam si[56]. Die letzteren Worte sind es nun, wo das *vereor ne longum sit*, den Auslegern soviel Schwierigkeiten macht. Nach dem Zusammenhange scheint

53) Commentar. iur. civ. cit. loc. §. 618.

54) Tom. IV. pag. 246. S. den 23. Th. S. 405.

55) Jurispr. Papinian. pag. 346. in fin.

56) Dictio etsi pro etiamsi est ampliativa. S. Strauchii Lexic. particular. iuris h. v.

es mir hier gewiß zu seyn, daß sie einen Zweifel ausdrücken sollen, den sich der Rechtsgelehrte in dem Falle macht, da die Tutel bereits durch die eingetretene Ehemündigkeit geendiget, und auch die gewesene Mündel an einen Andern verheyrathet ist, als dem das Gesetz die Ehe mit ihr verbietet. Zwar tritt hier immer noch der in der Oration des Divus Marcus enthaltene Grund des Eheverbots ein, weil auch die Adoption gar leicht gemißbraucht werden könnte, um die Ablegung der Vormundschaftsrechnung zu hintertreiben. Allein wollte man aus diesem Grunde die Adoption etwa so lang verbieten, bis der Vormund Rechnung abgelegt hat; so dürfte leicht ein solches Verbot seinen Zweck verfehlen. Wie wenn der gewesene Vormund mit dem Ehemanne seiner gewesenen Mündel, den er durch die Hoffnung der Adoption gewonnen hat, wegen der Vormundschaftsrechnung im Einverständniß wäre? Wie leicht kann auf solche Art jener gesetzliche Grund umgangen, und das Verbot der Adoption vereitelt werden? Diese Besorgniß fällt weg, wenn der Ehe wegen, die Adoption schlechterdings verboten wird. Dieß scheint mir der Ideengang des Tryphoninus, dieß scheint mir der Gedanke zu seyn, den der Rechtsgelehrte durch die Worte: *vereor, ne longum sit,* (i. e. ne frustraneum et inutile sit) *adoptionem mariti eius impedire* (i. e. prohibere) hat ausdrücken wollen, und in so weit hat auch der einzige Connanus [57]), nach meiner schwachen Einsicht, den Ausdruck *longum* am richtigsten erklärt. Die Richtigkeit dieser Erklärung, so wie die Richtigkeit der gemeinen von Anton Faber angefochtenen Lesart, werden aber die Scholien der Basi-

57) Commentar. iur. civ. cit. loc.

liken [58]) noch mehr bestätigen, welche bey dieser Stelle bis jetzt noch kein einziger Ausleger benutzt hat. Der griechische Scholiast stellt den Fall des Gesetzes, und die Entscheidung auf folgende Art dar. Ὁ Τιτίου παῖς τὴν ὑπὸ Πρίμου τινὸς ἐπιτροπευθεῖσαν ἠγάγετο γαμετήν. ἀλλὰ τοῦ γάμου προβάντος Πρίμος ὁ τῆς κόρης ἐπίτροπος ἔλαβεν εἰς θέσιν τὸν Τίτιον συνεφελκυσάμενον αὐτῷ δηλονότι τὸν παῖδα· ἢ καὶ μόνον τὸν τοῦ Τιτίου παῖδα τὸν καὶ τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν ὑπ' αὐτοῦ λαβόντα γυναῖκα πρὸς γάμον· τὸ ζητούμενον, ἄρα διὰ τῆς τοιαύτης θέσεως λυέται τὸ πρὸς τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν καὶ τὸν Τιτίου παῖδα συνοικέσιον ὥσπερ τοῦ γαμβροῦ ὑιοθετουμένου λύεσθαι πέφυκεν. ἔγνωμεν γὰρ ὅτι ἡ προσγενομένη διὰ τῆς θέσεως ἀδελφότης λύει τὸν γάμον, καί ὁ τῆς νύμφης πατὴρ τὸν οἰκεῖον γαμβρὸν λαμβάνων εἰς θέσιν οὐκ ἐᾷ τὸν γάμον ἔτι συνίστασθαι. ἆρα οὖν διὰ τῆς εἰρημένης θέσεως ὁ πρὸς τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν ὑπὸ τοῦ Πρίμου καὶ τὸν Τιτίου παῖδα λύεται γάμος, ἢ μήτι μᾶλλον ἡ θέσις ἐμποδίξεται διά τὸν γάμον; ὅπερ μᾶλλον προσήκει λέγειν, καὶ ἐαν ὁ κουράτωρ τὸν ἄνδρα τῆς ἔτι νῦν ὑπ' αὐτου' κουρατωρευομένης εἰς θέσιν λάβῃ. τῆς γὰρ ἐπιτροπῆς ἐπὶ τοῦ ά. θέματος περαιωθείσης, καὶ ἐξωτικῷ τινι καὶ οὐ τῷ ἐπιτρόπω, ἢ τοῖς ἐξ αὐτοῦ οἰκείοις συναφθείσης, δέδοικά φησιν ὁ Τρυφωνῖνος, μὴ οὐχ ἁρμόττειν λέγειν ἐμποδίξεσθαι τὴν θέσιν τὴν εἰς τὸν πάλαι τῆς κόρης ἐπίτροπον, καὶ τὸν ταύτης ἄνδρα γεγενημένον, ὡσανεὶ διὰ τοῦτο παρεντιθεμένης τῆς θέσεως, ἵνα ἡ τῆς ἐπιτροπῆς ἐμποδισθῇ λογοποιια.

58) Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 4. Schol. d. ad const. 24. pag. 273 sq.

ταύτην τὴν ἀιτίαν τῆς τῶν γάμων κωλύσεως, καὶ Μάρκου τοῦ θειωτάτου περιέχει διάταξις. ἀιτίαν δὲ λέγω τὴν θέσιν, ἥ τις οὐκ ἐπιτέτραπται διὰ τὸν γάμον. διὰ δὲ τὴν θέσιν τοῦ κουράτωρος τὸν τῆς κουρατωρευομένης ἄνδρα λαβόντος εἰς θέσιν, πολλῷ πλέον ὀφείλομεν κωλύειν τὴν θέσιν. μάθε τὸν λογισμόν. εἰ γὰρ τῆς ἐπιτροπῆς ὡς ἔιρηται περαιωθείσης, καὶ γαμηθείσης τῆς κόρης, κωλύομεν τόν πότε ταύτης ἐπίτροπον λαμβάνειν εἰς θέσιν τόν συναφθέντα ταύτῃ πρὸς γάμον, καὶ ταῦτα μὴ πιθανοῦ πάνυ τοῦ τῆς κωλόσεως ὄντος λογισμοῦ, καθάπερ ὅ Τρυφωνῖνός φησιν, πῶς οὐ πολλῷ πλέον κουράτωρα καὶ ἔτι χειρίζοντα τὴν οὐσίαν προσήκει κωλύειν λαμβάνειν εἰς θέσιν τόν συναπτόμενον τῇ κόρῃ πρὸς γάμον. i. e. *Filius Titii uxorem duxerat, cuius Primus tutelam gesserat. Cum autem processisset matrimonium, Primus, tutor puellae, Titium in adoptionem accepit, secum scilicet trahentem filium, qui eam duxerat, cuius ipse tutelam gesserat. Quaeritur ergo, an per hanc adoptionem dissolvatur matrimonium, quod inter eam, cuius ipse tutelam gesserat, et ipsius filium contractum fuit, sicut dissolvitur, cum gener adoptatur. Didicimus enim, fraternitatem, per adoptionem quaesitam, matrimonium dirimere: et pater, generum suum adoptans, non patitur durare matrimonium. Numquid ergo propter praedictam adoptionem solvitur matrimonium, quod fuit inter eam, cuius Primus tutelam gesserat, et Titii filium, an potius impeditur adoptio propter matrimonium? Quod magis dicendum est, et si curator maritum eius, cuius etiamnum ab eo cura geritur, adoptaverit. Nam priore casu finita tutela, et extra-*

neo, non autem tutori, aut eius adfinibus nupta puella, vereor, inquit TRYPHONINUS, *ne incongruum sit dicere, impediri adoptionem olim tutoris puellae, et mariti eius, quasi propter hoc interponatur adoptio, ut impediatur ratio reddendae tutelae. Hanc causam prohibitionis nuptiarum Divi quoque Marci constitutio continet. Causam autem dico adoptionem, quae propter matrimonium permissa non fuit. Propter adoptionem autem curatoris, qui maritum eius, cuius curam gerit, adoptavit, multo magis adoptio prohibenda est. Disce rationem. Nam si finita, ut dictum est, tutela, et nupta puella, non patimur, ut qui aliquando tutor eius fuit, maritum eius adoptet, idque cum non sit valde probabilis ratio prohibitionis, ut dicit* TRYPHONINUS; *quomodo non multo magis curatorem, et qui bona adhuc administrat, convenit prohibere, ne adoptet eum, qui puellae matrimonio coniunctus est?*

b) Wenn nach schon geschlossener Ehe der Ehemann in seiner Abwesenheit und ohne sein Wissen zum Curator seiner Frau bestellt worden ist. Hier muß nur um die Bestellung eines andern Curators nachgesucht werden.

L. 4. *C. de excusat.* Imp. ANTONINUS. Amplissimi ordinis consulto, qui pupillam suam uxorem ducit, nuptias contrahere non intelligitur, et tamen infamis constituitur. Sed si tu Demetriae, cum eam in matrimonio haberes, absens et ignorans curator constitutus es: potes esse securus, *dum tamen alius substituatur.* Non enim debet

ignorantia maritorum, amplissimi ordinis consulto fraus quaeri (ann. 206.) [59]).

L. 2. Cod. Qui dari tutores vel curator. poss. Imp. ALEXANDER. Maritus, etsi rebus uxoris suae debet affectionem, tamen curator ei creari non potest (225.) [60]).

c) Auch derjenige, welcher zum Curator seiner Schwiegertochter, nach schon geschlossener Ehe, bestellt worden ist, muß sich entschuldigen, und um einen andern Curator bitten, wenn er nicht in die gesetzliche Strafe verfallen will. Zwar ist dieser Fall so wenig, als der vorhergehende, in den Worten des Senatusconsults enthalten. Allein da das Gesetz die Ehe zwischen dem Sohne des Vormundes, und der Mündel seines Vaters verbietet; so liegt auch das Verbot, daß weder der Ehemann Curator seiner Frau, noch der Schwiegervater Curator seiner Schwiegertochter seyn darf, in dem Geist desselben [61]).

L. 3. Cod. de interd. matrimon. inter pupillam et tutor. Imp. ALEXANDER. Cum proponas ei, quam matrimonio tuo iunctam suggeris, post liberos susceptos *curatorem patrem tuum datum*, quem contendis nec te in potestate habuisse: *cum rite contractum matrimonium ex post facto vitiari non potuerit*, iustam interpretationem metuere non debes: ne liberi, quos habetis, non ex iusto matrimonio suscepti videantur. Ut autem omnis scru-

59) S. RELANDI fasti consular. pag. 109.

60) RELAND. pag. 153.

61) S. *Ge. D'* ARNAUD Variar. Conjecturar. iur. civ. Lib. II. cap. 17. pag. 324. sq.

pulus auferatur, *insistere pater tuus debet*, nec non *et uxor tua, ut alius loco eius detur:* habebit enim facultatem repetendae rationis negotiorum gestorum ab eo, qui fuerit substitutus.

L. 17. *Cod. de excusationib. tutorum et curatorum.* Impp. GALLIENUS et VALERIANUS AA. Licet orationis sub *Divo Marco* habitae verba deficiant, is tamen, qui post contractas nuptias *nurui suae* curator datur, *excusare se debet*, ne manifestam sententiam eius offendat', et labem pudoris contrahat. (ann. Chr. 265.) [62]).

Endlich ist noch zu bemerken, daß auch sogar der curator ventris et bonorum defuncti unter dem gesetzlichen Verbote begriffen ist, weil er Rechnung abzulegen schuldig ist.

L. 67. *§.* 4. *D. h. t.* TRYPHONINUS. Et si quis curator ventri bonisque datus sit, prohibitionem eiusdem Senatusconsulti inducit: nam et hic debet rationem reddere. Nec spatium administrationis movere nos debet, quia nec in tutore, nec curatore discrimen maioris aut minoris temporis, quo in huiusmodi munere quis fuerit, habitum *est* [63]).

Der griechische Scholiast erläutert diese Stelle auf folgende Art [64]). Es starb Jemand, und hinterließ eine

62) S. RELANDI fasti consular. pag. 231.

63) Die Taurellische Ausgabe liest zwar esse, und eben so Cod. Erl. allein die hier angenommene Lesart haben Hal. Chevallon, Miräus, Baudoza und Merlin.

64) *Basilica* Tom. IV. pag. 298. Sch. k.

Schwester und eine Wittwe. Die letztere behauptete nach dem Tode ihres Mannes, sie befinde sich schwanger, und erhielt die bonorum possessio ventris nomine. Zugleich wird ein Curator bestellt, sowohl für den venter, als für die Güter. Nachher zeigte sich's, daß sie in einem Irrthume sich befunden habe. Ohne Zweifel war nun die Schwester des Verstorbenen seine alleinige Erbin. Nun endigte sich auch die deshalb bestellte Curatel. Hier kann der gewesene Curator, so lang er noch nicht Rechnung abgelegt hat, die Schwester des Verstorbenen nicht heyrathen, (οὗτος τοίνην ὁ πάλαι κουράτωρ, μήπω τοὺς τῆς κουρατίονος παρασχόμενος λόγους, οὐ δυνάται λαμβάνειν πρὸς γάμον τὴν τοῦ τελευτήσαντος ἀδελφήν). Es wird nun auch der nämliche Grund angeführt, weil auch dieser Curator ohne Zweifel Rechnung ablegen müße. Daher dürfe er auch die Schwester des Verstorbenen nicht heyrathen, κωλύσθω τοίνην καὶ οὕτως τῶν πρὸς τὴν ἀδελφὴν τοῦ τελευτήσαντος γάμων. Daß die Curatel nur sehr kurze Zeit und kaum neun Monate gedauert hat, kann nicht in Betrachtung kommen. Denn auf die Zeit, wie lange der Vormund sein Amt verwaltet hat, kommt nichts an, und auch das Senatusconsult, welches die Ehe des Vormundes mit derjenigen verbietet, deren Curatel er geführt hat, hat darauf keine Rücksicht genommen.

Das canonische Recht gedenkt zwar dieses Ehehindernisses nicht; es läßt sich aber aus diesem Stillschweigen noch keine Aufhebung des römischen Rechts folgern, wie die ältern Canonisten, denen auch Johann Sichard [65])

65) Praelect. in Codicem Lib. V. Tit. 6. nr. 10. pag. 1539. (*Basiliae* 1565. f.)

beystimmt, diesen Fehlschluß gemacht haben, weil die Aufhebung eines Gesetzes im Zweifel nicht vermuthet wird. Es findet vielmehr hier Anwendung, was Justinian [66]) bey einer andern Gelegenheit sagt, quod non mutatur, quare stare prohibetur? Das Stillschweigen des canonischen Rechts läßt sich vielleicht daraus erklären, daß die Päbste nur vorzüglich solche Ehehinderniße zum Gegenstande ihrer Gesetzgebung gemacht haben, wobey das ewige Heil der Seele in Gefahr kommt, welches dieselben durch ihre Eheverbote zu sichern sich bemühten. Allein hier gilt es einem Ehehinderniße, das blos die Erhaltung des Vermögens bezweckt; solche Ehehinderniße überließen sie der bürgerlichen Gesetzgebung [67]).

Aber über die heutige Anwendbarkeit des römischen Eheverbots ist man im Zweifel. Mehrere heutige Rechtsgelehrten [68]) wollen sie aus den Grunde bezweifeln, weil nach deutschen Rechten die Vormünder alle Jahr Rechnung ablegen müßten, und überhaupt in Absicht auf die Verwaltung unter einer strengern Aufsicht gehalten würden. Der Grund der Besorgniß, worauf das Römische Eheverbot beruht, falle also nun weg, weil eine Vervortheilung der Mündel jetzt nicht mehr so leicht möglich sey. Allein wenn

66) *L.* 27. *C. de testam.*

67) S. Müller ad *Struvium* Tom. II. Exerc. XXIX. Th. 29. not. η. Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 20. nr. 11. pag. 588. Westenberg Div. Marcus Diss. XLV. §. 32. und Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 7. pag. 140.

68) Westenberg c. l. §. 33. Pufendorf c. l. §. 8. sqq. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 126. Schott Einleit. in das Eherecht. §. 103.

gleich die Strafe der Infamie heutzutage nicht mehr erkannt wird, worin alle einverstanden sind [69]), so ist doch die Disposition des Gesetzes selbst nicht aufgehoben [70]). Es ist vielmehr das Verbot des Römischen Rechts in mehreren deutschen Gesetzgebungen bestätiget [71]). Jedoch wird deswegen die Ehe selbst in der Regel nicht mehr getrennt, sondern der Vormund blos zur Ablegung der Rechnung angehalten [72]). Um die Mündel heyrathen zu können, hält man auch schon die Ablegung der Rechnung für hinreichend, wenn auch gleich die Restitutionsfrist noch nicht verstrichen ist [73]). Eben so wird die Ehe in dem Falle für erlaubt gehalten, wenn der Mitvormund, oder die Obrigkeit darin williget [74]).

§. 1217.

Eheband, ein vernichtendes Ehehinderniß. Polygamie. Folgen einer zweyten Ehe.

Zu den schlechterdings vernichtenden Ehehindernißen, welche unter keiner Voraussetzung durch Dispensation er-

69) S. Stryk Us. mod. Pandectar. h. t. §. 10.

70) Carpzov Jurispr. for. P. IV. Const. XX. Definit. 17. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 369. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 397.

71) Beyspiele führen Stryk c. l. und Pufendorf c. l. §. 10. sq. an. Zum Beyspiel kann auch das Preuß. Landrecht 2. Th. 1. Tit. 1. Abschn. §. 14. dienen.

72) Gerhard de conjugio. §. 376. und Pufendorf c. l. §. 13. Schott Eherecht. §. 103.

73) Lauterbach Colleg. theor. pract. Pandect. P. II. h. t. §. 74.

74) S. Pufendorf c. l. §. 12.

lassen werden können, gehört noch vorzüglich das Eheband, welches *impedimentum ligaminis* genennt zu werden pflegt. Wer nämlich noch zur Zeit in einer gültigen Ehe lebt, kann, so lange keine rechtmäßige Trennung derselben erfolgt ist, keine neue eheliche Verbindung mit einer andern Person eingehen. Geschieht es dennoch, so ist eine solche mehrfache gleichzeitige Ehe (*polygamia simultanea*) wenn sie wißentlich eingegangen wird, ein Verbrechen, (Bigamie) [75]) geschieht es aus Unwißenheit, so muß sie sofort getrennt werden, wenn auch Kinder in derselben wären erzeugt worden. Nur die Alleinehe (Monogamie) haben alle gesittete europäische Staaten, als die für ihre Maximen, Clima, und Verfaßung paßendste Form der menschlichen Geschlechtsverbindung anerkannt, und zur allein gesetzlichen erhoben. Nur diese allein ist auch den Grundsätzen des Christenthums gemäß [76]). Die Gründe näher zu entwickeln, warum die Monogamie, politisch und moralisch betrachtet, den Vorzug vor der Polygamie habe, ist hier der Ort nicht, und ist auch schon von andern zur Genüge geschehen [77]). Es ist hinreichend zu bemerken,

75) *L.* 18. *Cod. ad Leg. Jul. de adulter.* Peinl. Gerichtsordn. Carls V. Art. 121.

76) Matthäus. Kap. 19. Marcus. Kap. 10. I. Brief Paul. an den Thimotheus. Kap. 3. v. 2. u. 12.

77) Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 5. *Siegm. Jac.* Baumgarten Diss. de polygamia simultanea illegitima. *Halae* 1739. 4. Pufendorf de iure natur. et gentium. Lib. VI. Cap. I. §. 27. La monogamie, ou l'unité dans le mariage par Mr. de Premontval. *a la Haye* 1751. auch deutsch von Aug. von Windheim. Nürnberg 1753. Montesquieu Esprit des Loix. Tom. II. Liv. XVI. *Jo. Dav.* Michaelis paralipom.

daß die in Deutschland geltenden Gesetze die Poligamie durchaus verbieten.

§. 7. *I. h. t.* Eadem *duobus* nupta esse non potest; et *duas uxores* eodem tempore habere non licet.

L. 2. *Cod. de incest. nupt.* Impp. DIOCLET. et MAXIM. AA. Neminem, qui sub ditione sit Romani nominis, *binas uxores habere posse*, vulgo patet: cum etiam in Edicto Praetoris huiusmodi viri infamia notati sint. Quam rem competens iudex inultam esse non patietur.

L. 7. *C. de Judaeis.* Impp. THEODOS. ARCAD. et HONORIUS. *Infantio Comiti Orientis.* Nemo Iudaeorum morem suum in coniunctionibus retineat, nec iuxta legem suam nuptias sortiatur, *nec in diversa sub uno tempore coniugia conveniat.*

Das canonische Recht, welches die Ehe zum Sacrament erhoben hat, wodurch die Verbindung Christi mit der Kirche vorgebildet werde, fand hierin einen neuen Grund, die Polygamie, als dem Christenthume entgegen,

contra polygamiam. *Gött.* 1757. (*in Syntag. Commentation.* Tom. II. Nr. 5.) Desselben Mosaisches Recht. 2. Th. §. 94—97. REYBERGER Instit. ethicae christ. §. 271. Kant metaphysch. Anfangsgründe der Rechtslehre. §. 26. Gros Lehrbuch der philosoph. Rechtswissenschaft, oder des Naturrechts. §. 268. Anmerk. (3. Aufl. Tübing. 1815.) HUME Essays Vol. I. pag. 196. Hugo Lehrbuch des Naturrechts. §. 181. (2. Versuch. Berlin 1799.) Schott Eherecht. §. 98. BERARDUS iur. eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 5. pag. 114—121.

zu verbieten. Zwar entschuldiget Augustin bey Gratian *can.* 7. *Caus. XXXII. Qu.* 4. die Patriarchen des alten Testaments mit den Sitten ihres Zeitalters, und daß sie nicht concupiscentia percipiendae voluptatis, sondern providentia propagandae successionis mehrere Weiber zugleich gehabt hätten; und Ambrosius *can.* 3. *eiusd. Caus. et Quaest.* fügt hinzu, es sey damals kein Gesetz vorhanden gewesen, welches die Polygamie verboten, oder für einen Ehebruch erklärt habe. Nec ante legem ulla rei damnatio est, sed ex lege. Allein der Pabst Innocenz *III. cap.* 8. X. *de divortiis* sucht dagegen aus der Schrift zu beweisen, daß die Polygamie nicht nur dem Christenthume, sondern auch der göttlichen Einsetzung des Ehestandes zuwider sey, cum ab initio una costa in unam feminam sit conversa, et scriptura divina testetur, quod propter hoc relinquet homo patrem et matrem, et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una: non dixit tres vel quatuor, sed duo, nec dixit, adhaerebit uxoribus, sed uxori. Unde — sine dubitatione qualibet protestamur, *quod nulli unquam licuit insimul plures uxores habere, nisi cui fuit divina revelatione concessum.* — Sane veridica haec sententia probatur etiam de testimonio veritatis, testantis in Evangelio: *Quicunque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem, et aliam duxerit, moechatur.* Si ergo, uxore dimissa, duci alia de iure non potest; *fortius et ipsa retenta:* per quod evidenter apparet, pluralitatem in utroque sexu, cum non ad imparia iudicentur, circa matrimonia reprobandam.

Wer also in einer rechtmäßigen Ehe lebte, kann nicht eher eine zweyte Ehe eingehen, als wenn die erste gänzlich

und auf eine gesetzmäßige Art getrennt worden ist. Er muß demnach, sofern die erfolgte Trennung nicht notorisch ist, durch rechtlich überzeugende Beweise darthun, daß die vorige Ehe entweder durch den Tod des Gatten erloschen, oder sonst aus rechtmäßigen Gründen gänzlich aufgelößt worden sey [78].

Cap. 2. X. *de secund. nupt.* Lucius III. *universis Christianis in captivitate Sarracenorum positis.* Dominus ac redemptor noster: [*et infra*] Sane super matrimoniis, quae quidam ex vobis, nondum habita obeuntis coniugis certitudine, contraxerunt, id vobis auctoritate apost. respondemus, ut nullus amodo ad secundas nuptias migrare praesumat, donec ei firma certitudine constet, quod ab hac vita migraverit coniux eius. Si vero aliquis vel aliqua id hactenus non servavit, et de morte prioris coniugis adhuc sibi existimat dubitandum; ei, quae sibi nupsit, debitum non deneget postulanti: quod a se tamen noverit nullatenus exigendum. *Quodsi post hoc de prioris coniugis vita constiterit: relictis adulterinis complexibus, ad priorem coniugem sine dubio revertatur.*

Bey den Frauen der Soldaten, wenn deren Männer in feindliche Gefangenschaft gerathen waren, und von deren Leben oder Tode keine Nachricht zu erhalten war, konnte zwar die Frau nach dem ältern römischen Rechte [79] zur

78) Brouwer c. l. nr. 29. pag. 413.

79) *L. 6. D. de divort. et repud.* aus Juliani *libro LXII. Digestor.* Et generaliter definiendum est, donec certum est, maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum ad aliud migrare

andern Ehe schreiten, wenn seit der Gefangenschaft fünf Jahre verstrichen waren, weil man nun annahm, die

matrimonium: nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus, *tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit*, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias, *ita ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium*, et unusquisque ius suum habeat imminutum. Eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando. Fast alle Ausleger halten jedoch dieses Fragment für interpolirt. S. Cujacius Exposit. ad Nov. XXII. cap. 7. Wissenbach Emblem. Triboniani Cap. IV. ad h. L. pag. 63. sqq. edit *Heinecc.* Brencmann Disp. de Legum inscriptionibus. §. 25. (in Wieling *Iurisprud. restit.* T. II. pag. 171.) *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. VI. Cap. 10. nr. 8. (in *Thes. Meerm.* Tom. VI. pag. 297.) *Franc.* Ramos del Manzano Commentar. ad LL. Jul. et Pap. Lib. IV. Reliquat. XXVIII. n. 11. (in *Thes Meerm.* Tom. V. pag. 492. sq.) u. a. m. Was es mit dieser Interpolation für eine Bewandtniß habe, hat *Abrah.* Wieling Lection. iuris civ. Lib. II. cap. 13. näher untersucht. *Corn. van* Bynkershoek Observation. iuris Rom. Lib. VII. cap. 9. pag. 215. hat jedoch dagegen erinnert, daß Tribonian wohl zu der Zeit, da die Pandecten verfertiget wurden, ohne prophetischen Geist nicht habe wissen können, was Justinian *Nov. XXII. cap.* 7. verordnen werde. Ja *Jo.* Wybo in Diss. de Triboniano ab emblematibus Wissenbachii liberato. Cap. IV. §. 13. pag. 299. sqq. (edit. *Heinecc.*) bemerkt, daß auch nicht nur Paulus *L.* 8. *D. de captiv. et postlim. revers.* eines constituti temporis gedenkt, nach dessen Ablauf die Frau sich wieder verheyrathen konnte, sondern daß auch Justinian

Ehe sey bona gratia aufgehoben, wenn auch der Mann noch leben sollte. Eben dieses Recht hatte aber auch der Mann, wenn die Frau in Gefangenschaft gerieth. Nach einer Verordnung des Kaisers Constantin des Großen [80]) sollte sogar die Frau, ohne Gefahr ihr Heyrathsgut zu verlieren, zur andern Ehe schreiten dürfen, wenn sie in vier Jahren nichts von ihrem Manne gehört, und ihre neue Ehe dem dux angezeigt hätte. Allein Justinian, welcher dieses vierjährige Stillschweigen anfangs in einen Zeitverlauf von zehen Jahren verwandelt hatte [81]),

selbst sich in der *Nov. XXII. Cap.* 7. auf die alten Rechtsgelehrten berufen habe. *Nam et hoc*, sagt daselbst Justinian, *inter dissolutiones bona gratia a maioribus nostris* (παρὰ τῶν πρὸ ἡμῶν) *numeratum est*, *et nos quoque in id consentimus.* Indessen ist noch immer der Fall möglich, daß Justinian schon vor der Novelle 22. eine frühere Constitution gegeben habe, die in dem alten Codex gestanden, aber verloren gegangen ist, wie sich fast aus der Präfation der Nov. 22. schließen läßt. Man sehe noch vorzüglich *Car. Frid.* WALCH ad *Eckhardi* Hermeneut. iuris Lib. I. Cap. VI. §. 236. auch Carl Wächter über Ehescheidungen bey den Römern. S. 159. f.

80) *L.* 7. *Cod. de repudiis.* Uxor, quae in militiam profecto marito, *post interventum annorum quatuor*, nullum sospitatis eius potuit habere indicium, atque ideo de nuptiis aliis cogitavit, nec tamen ante nupsit, *quam libello ducem super hoc suo voto convenit;* non videtur nuptias iniisse furtivas, nec dotis amissionem sustinere, nec capitali poenae esse obnoxia, quae post tam magni temporis iugitatem non temere, nec clanculo, sed publice contestatione deposita nupsisse firmatur.

81) *Nov. XXII. cap.* 14.

verordnete nachher in der Novelle 117. Kap. 11. daß eine Frau, deren Mann zu Felde gezogen ist, wenn er auch noch so lange ausbleibt, und die Frau während seiner Abwesenheit weder Briefe noch Antwort von ihm erhalten hat, dennoch mit ihrer anderweiten Verheyrathung so lange warten solle, bis sie von seinem Tode Nachricht erhalten hat; und auch dann soll sie eher nicht zur neuen Ehe schreiten, als wenn sie sich zuvor entweder selbst oder durch einen Bevollmächtigten an die competente Kriegskanzley, oder an den Obersten des Regiments, unter welchem der Mann gestanden war, gewendet, und von dieser Behörde die eidlich bekräftigte Versicherung, daß der Mann in Wahrheit gestorben sey, nebst dem Todtenschein, erhalten hat. Hat sie nun auch alles dieses beobachtet, so soll sie doch noch ein Jahr warten, und erst nach dessen Ablauf soll sie die neue Ehe schließen dürfen. Die hierher gehörigen Worte der Novelle 117. Kap. 11. lauten nach der Hombergkischen Version folgendermassen. Quod autem a nobis de iis sancitum est, qui in expeditione, et in militias allecti sunt, (sive milites sint, sive foederati [82]), sive scholares [83]), sive alii quicunque

82) Die Römer unterschieden zwischen milites und foederati. Nur die römischen Soldaten hießen *milites*, hingegen Soldaten aus den verschiedenen Völkern, mit denen die Römern in Bündniß standen, und die ihre Hülfstruppen waren, nannte man *foederati*. So werden die Hunnen, Alanen, Scythen, Gothen, Sarracenen *foederati* genennt. S. *Jac.* GOTHOFREDUS Commentar. ad L. 16. Cod. Theod. de Tironibus. Tom. II. Cod. Theodos. pag. 391. edit. *Ritter*. S. auch *F.* PITHOEI Glossar. obscuror. verbor. Juliani voc *Foederati*. adj. *Hombergk*. versioni lat. Novellar. *Ant.* AUGUSTINUS

in aliam quamcunque armatam militiam delecti) melius ordinare placuit. Et iubemus, ut quotcunque etiam annos in expeditione maneant, uxores eorum exspectent, etsi nec literas, nec responsum quoddam a maritis suis accipiant. Si quae vero eiusmodi mulierum virum suum mortuum esse audiverit, ne tum quidem alias nuptias eam contrahere permittimus, nisi prius mulier, vel ipsa, vel per parentes suos, vel per aliam quamcunque personam, Priores numeri et chartularios [84]),

verbor. quorund. Juliani interpretat. h. voc. sagt jedoch *Foederati* sunt genus militum, non a foederatis populis, sed a foedere, quo ab aliis distinguebantur.

83) *Scholares* hießen diejenigen, welche zu einer schola gehörten, worunter man ein collegium militum verstand, welches seinen Vorgesetzten hatte, die man *capita scholarum*, oder *scholae primicerii* nannte. Im Orient gab es acht, in Occident sechs Scholae, welche unter dem magister officiorum standen. S. *Ant.* Augustinus cit. Interpret. voc *Schola.* und *Jac.* Gutherius de officiis domus augustae. Lib. II. cap. 14. Agathias Lib. V. pag. 111. Tom. III. Scriptor. rer. Bizant. *edit. venet.* sagt, die Scholares hätten mehr zur Leibwache des Kaisers, und Parade bey Hofe, als im Kriege gedient, und wären daher prächtig gekleidet gewesen, φαιδροείμονες). S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 22. Cod. Theod. de erogat. militar. annonae (Tom. II. *Cod. Theodos.* pag. 314.) uud *Sam.* Pitisci Lex. antiquitat. Rom. Tom. III. voc. *Scholares.* pag. 350.

84) *Chartularii* sagt *Ant.* Augustinus cit. Interpretat. verbor. h. v. a chartis sive instrumentis dictus, variisque in rebus et scriniis curam agebat. *Nov. LXXXV.*

in quo maritus eius militavit, adierit, eosque, (sive tribunum, si adest), interrogaverit, num revera maritus eius mortuus sit: ut illi sanctis Evangeliis propositis apud acta deponant, virum revera mortuum esse. Et haec ubi fecit, atque in testimonium suum mulier acta accepit, etiam postea per unius anni spatium eam exspectare iubemus, ut post eius lapsum legitimum illi matrimonium contrahere liceat. Si contra hanc observationem mulier secundum matrimonium contrahere audeat, et ipsa, et qui eam duxit, tanquam adulteri puniantur. — Si scholaris sit is, de cuius morte dubitatio est, a primis scholae, et actuario: sin foederatus, ab optione eius dictum testimonium uxor accipiat.

Diese Vorsicht des Kaisers Justinian hat auch der Pabst Clemens III. bestätiget, welcher *cap.* 19. X. *de sponsalib.* an den Bischof zu Saragossa im Jahr 1188. auf folgende Art rescribirt: In praesentia nostra quaesivisti, quid agendum sit de mulieribus, quae viros suos, causa captivitatis, vel peregrinationis absentes, iam ultra septennium praestolatae fuerint, nec certificari possunt de vita vel de morte ipso-

cap. 2. *et* 4. in scrinio fabricae armorum. *Nov. CXVII. c.* 9. in militia. *Nov. CXX. c.* 1. 2. 4. in ecclesia. *L.* 25. *C. de SS. eccles.* Es gab daher verschiedene Arten von Chartularii. S. Gutherius de officiis domus august. c. l. pag. 338 sqq. Hier heißen *Chartularii* wohl diejenigen Behörden, welche die Register und Listen über die Soldaten führten, und die Namen der Verstorbenen darin tilgten, und eigene Todten-Listen hielten. S. Brouwer c. l. pag. 413.

rum, licet super hoc sollicitudinem adhibuerint diligentem: et pro iuvenili aetate, seu fragilitate carnis, nequeunt continere, petentes aliis matrimonio copulari. (Cum autem dicat Apostolus: *mulier tam diu alligata est viro, quam diu vir eius vivit;*) consultationi tuae taliter respondemus, quod, quantocunque annorum numero ita remaneant, viventibus viris suis non possunt ad aliorum consortium canonice convolare: nec tu eas auctoritate ecclesiae permittas contrahere, *donec certum nuntium recipiant de morte virorum* [85]).

Ist nun also eine bisher bestandene Ehe ohne allen Zweifel getrennt, so ist die Schließung einer neuen Ehe erlaubt, wenn diese auch die dritte, oder vierte, oder auch noch öfters wiederholte seyn sollte. Denn man nennt jede neue Ehe, welche nach einer vorhergehenden gültigen und rechtmäßig aufgehobenen Ehe geschlossen worden ist, ohne Rücksicht auf die Zahl derselben, *secundae nuptiae* [86]). Eine solche zweyte und öfters wiederholte Ehe erlaubt nicht nur das römische [87]), sondern auch das canonische Recht. Letzteres nennt sie jedoch **Bigamie**, daher der Unterschied zwischen bigamia simultanea und successiva entstan-

85) Aus diesem Text ist *Can.* 1. *Caus.* XXXIV. *Qu.* 1. zu ergänzen. S. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. VII. Quaest. 2. pag. 198.

86) *Scip.* Gentilis de secundis nuptiis, ist, mit dem Tr. de bonis maternis verbunden, *Hanoviae* 1606. 8. erschienen: Auch *Just. Henn.* Boehmer Diss. de secundis nuptiis praecipue illustrium personar. *Halae* 1723. *rec.* 1761.

87) *L.* 6. *C. de secund. nupt.* *L.* 4. *C. de bonis, quae liber.* *Nov.* XXII. *cap.* 22. *sqq.*

den ist [88]). Folgende Stellen aus dem canonischen Rechte sind hier merkwürdig.

Can. 11. *Caus.* XXXI. *Qu.* 1. Hieronymus *in apologetico adversus Jovinianum.* Aperiant, quaeso aures obtrectatores, et videant, me *secundas* et *tertias* nuptias concessisse in Domino. Qui secundas et tertias non damnavi, primum potui damnare matrimonium? *Idem ibidem.* §. 1. Non damno *bigamos*, imo nec *trigamos*, et si dici potest, *octogamos. Idem ibidem.* §. 2. Ego etiam nunc libera voce proclamo, non damnari in ecclesia *bigamiam.* imo nec *trigamiam, et ita licere quinto, et sexto, et ultra, quomodo et secundo marito, nubere.*

Can. 12. *ibid.* Augustinus *lib. II. contra adversarium legum et prophetarum cap.* 11. Deus masculum et foeminam propagandi generis causa nuptiali castitate coniunxit, et *secundas nuptias*, quae in utroque testamento permittuntur, licitas esse monstravit.

Can. 1. *C.* XXXII. *Qu.* 4. Idem *eod. lib. cap.* 9. Iste (sc. adversarius) Abrahae etiam usque ad decrepitam senectutem fornicationis obiicit crimen: profecto quia et post mortem Sarae alteram duxit. Ubi etsi nullum intelligeretur rei abditae sacramentum, propter hoc solum id facere debuit Abraham, ne putarent haeretici adversus Apostolum (quibus etiam *Tertullianus* adstipulator existit) post uxoris mortem crimen esse, ducere uxorem.

88) Boehmer iur. eccles. Prot. Tom. I. Lib. I. Tit. 21. §. 3.

Nach dem canonischen Rechte kann jedoch eine zweyte Ehe eigentlich erst nach dem Tode des ersten Ehegatten Statt finden, weil eine gültige Ehe nur durch den Tod getrennt werden kann. Nach dem protestantischen Kirchenrechte hingegen findet die zweyte Ehe Statt, wenn auch die erstere durch Ehescheidung getrennt worden ist [89]. Eine Ausnahme findet jedoch Statt, wenn dem schuldigen Theile in dem Ehescheidungsurtheil zur Strafe auferlegt worden ist, ehelos zu bleiben, oder der schuldige Theil nach dem canonischen Rechte zu einer ewigen Pönitenz verdammt ist, so daß er auch nach dem Tode des unschuldigen Theils nicht wieder heyrathen darf [90], welches aber bey den Protestanten nicht beobachtet wird [91].

Wenn die dreyzehnte Kirchenversammlung zu Toledo vom Jahr 683. diejenigen von der Gemeinschaft der Kirche ausgeschlossen wissen will, welche fürstliche oder königliche Wittwen heyrathen würden; so ist dieß eine besondere Verordnung, welche durch Zureden des Königs Erwig war veranlaßt worden, der dieser Kirchenversammlung selbst beywohnte, und besorgte, daß seine Wittwe nach seinem Tode einen fremden Prinz heyrathen, und diesen zum Nachtheil seiner Kinder in den Besitz des Reichs einführen möchte [92]. Daher hat auch Gratian diesen Canon in sein Decret nicht mit aufgenommen.

89) S. *Ge. Lud.* Boehmer Princ. iuris canon. §. 414.

90) *Can.* 5. *et* 6. *Caus.* *XXXI.* *Qu.* 1. *Can.* 20. 22. *et* 23. *C.* *XXXII.* *Qu.* 7. *Cap.* 12. *X.* *de praesumt.*

91) Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. 7. §. 7. et 8. und Tom. IV. Lib. IV. Tit. 19. §. 45.

92) S. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. VII. Qu. 2. pag. 198.

Ob nun gleich die zweyte Ehe an sich erlaubt ist, so hat sie dennoch so wenig das heidnische als christliche Alterthum gern gesehen, wenigstens war der Wittwenstand weit mehr geehrt [93]. Nur sie, die Wittwen, wurden daher bey den Römern mit dem Kranze der Keuschheit beehrt [94], nur sie waren fähig, zu Priesterinnen gewählt zu werden [95], und man vergas nicht, zum Lobe einer verstorbenen Wittwe, auf ihrer Grabschrift zu bemerken, daß sie uni nupta oder univira gewesen sey [96]. Dahingegen mußten diejenigen Wittwen, welche zur andern Ehe schritten, ihre Hochzeit immer an Festtagen feyern, um sie bey dem an solchen Tagen gewöhnlichen Zusammenlaufe von Menschen desto mehr zu beschämen, wie Plutarch [97] erzählt. Zwar änderte sich diese Stimmung, nachdem Kaiser Augustus die Lex Iulia et Papia Poppaea, wiewohl nicht ohne geringen Widerspruch des Volks, durchgesetzt hatte, welches die Bürger durch Belohnungen und Strafen zur Schließung der Ehen antrieb [98]. Nun ward es auch den Wittwen zur gesetzlichen Nothwendigkeit gemacht, sich wieder zu verheyrathen, und ihnen nur, aus Achtung für die Schamhaftigkeit ihres

93) S. *Ulr.* Huber Digression. Justinian. P. II. Lib. I. Cap. 14. pag. 512—517. *Jo. Gottl.* Heineccius ad Leg. Jul. et Papiam Popp. Commentar. Lib. II. Cap. 16. §. 2. pag. 296—302. *Jos.* Bingham Origin. s. Antiquitat. ecclesiast. Vol. II. Lib. IV. Cap. 5. pag. 151 sqq. und *J. H.* Bohmer iur. eccles. Protestant. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 21. §. 2. sqq. pag. 494. sqq.

94) Valer. Maximus *Memorabil.* Lib. II. cap. 1.

95) Trebellius Pollio de trig. tyrann. cap. 32.

96) Propertius *Lib. IV. Eleg.* 12. *Thom.* Reinesius Inscript. Clas. XIV. Nr. 73.

97) *Quaestion. Rom. CV.*

Geschlechts, eine Frist von zwey Jahren, so wie den von ihren Männern geschiedenen Weibern ein Zeitraum von einem Jahre und sechs Monaten, gestattet, binnen welchem sie eine Befreyung (vacatio) von den Strafen des Cälibats zu genießen haben sollten [99]. Den Wittwern kam freylich eine solche Vacation nicht zu statten, weil diesen kein Geschlechtshinderniß im Wege stand, um sogleich wieder zur andern Ehe schreiten zu können [100]. Man kannte daher auch vor den Zeiten der christlichen Kaiser noch keine Verfügung des römischen Rechts, welche, auch nur zum Besten der Kinder der ersten Ehe, der zweyten Ehe ungünstig gewesen wäre [1]. Das Gesetz erklärte vielmehr die einem Vermächtniß oder Erbeinsetzung beygefügte Bedingung der Viduität, als eine in fraudem legis geschehene Privatverfügung, für nicht beygefügt [2]. Allein noch war die

98) S. Heineccius cit. Commentar. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. I. cap. 3.

99) Ulpian. *Fragm. Tit. XIV.* §. 1. Feminis *Lex Julia* a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex mensium: *Lex* autem *Papia* a morte viri, *biennii*, a repudio, *anni et sex mensium*. S. Heineccius Comment. cit. Lib. II. cap. 5. §. 3. pag. 184 sqq.

100) Heineccius c. l. pag. 185.

1) S. *Corn. Wilh. de* Rhoer Dissertat. de effectu religionis christ. in iurisprud. Rom. Fasc. I. Diss. VI. §. 18. pag. 239.

2) *L.* 22. *L.* 62. §. 2. *L.* 63. *L.* 64. *L.* 72. §. 5. *L.* 74. *L.* 77. §. 2. *L.* 79. §. 4. *D. de condit. et demonstrat.* S. Heineccius Comm. cit. Lib. II. cap. 16. §. 2. pag. 298—300. *Franc.* Ramos del Manzano Comm. ad Leges Jul. et Pap. Lib. IV. Reliquat. 27. (*Thes. Meerm.* Tom. V. p. 487.) *Jo. Sal.* Brunquell Diss.

christliche Religion in dem römischen Reiche zur herrschenden Religion des Staats nicht erhoben, als schon die heiligen Väter anfiengen, ihre Stimme gegen die zweyte Ehe zu erheben, und die alte Meinung von dem hohen Werthe des Wittwenstandes wieder geltend zu machen suchten. Unläugbar hatte zwar der Apostel Paulus [3]) auch selbst gegen die Wiederverheyrathung einer Wittwe nichts, wenn es nur auf eine dem Herrn wohlgefällige Weise geschieht; allein sie suchten den Christen ihres Zeitalters die zweyte Ehe dadurch gehäßig zu machen, daß sie lehrten, wenn auch der Apostel denen, welche in Wittwenstande leben, erlaubt hätte, sich wieder zu verheyrathen, so sey dieses doch blos um der Schwachen willen geschehen, denen nicht die Tugend der Enthaltsamkeit, die das Christenthum empfiehlt, beywohne, und für die es daher beßer sey, wieder zu heyrathen, als von unkeuschen Begierden herumgetrieben zu werden. Dahingegen habe der Apostel selbst seine Meinung deutlich genug ausgesprochen, daß der unverheyrathete Stand besser und zur Gottseligkeit geeigneter sey, als der Ehestand [4]). Daher nennen die Kirchenväter die zweyte Ehe bald ein *speciosum adulterium* [5]), bald eine *honesta*

de conditione, si non nupserit, ultimis voluntatibus adjecta. §. 9. sqq. (in *Opuscul.* pag. 177 sqq.) und *Greg.* Majansius Disputation. iuris civ. Tom. II. Disp. XXXIX. Es ist jedoch schwer, die *L.* 14. *pr. D. de legat. III.* damit zu vereinigen. S. *Zach.* Huber Dissertation. iurid. et philolog. P. II. Diss. VIII. Cap. 1. pag. 298 — 315. und Ernst Christ. Westphal von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 493.

3) 1. Korinth. VII. v. 39.

4) Ebendas. v. 8. v. 32. u. 33.

5) Athenagoras Apolog. p. 37.

fornicatio[6]. Tertullian[7], der ihr am meisten feind war, bot alle Gründe auf, dieselbe auf der gehäßigsten Seite darzustellen. Der überlebende Gatte, so lehrte er, bleibe mit dem verstorbenen immer noch im Geiste verbunden; es widerstreite die zweyte Ehe der mystischen Aehnlichkeit der Verbindung Christi mit der Kirche, welche durch die Ehe vorgebildet werde; ihr hange ein dedecus voluptuosum an, sie sey daher eine *quasi species stupri*. Ja Origines[8] vergaß sich in seinem heiligen Eyfer so sehr, daß er zu behaupten kein Bedenken trug, *tale coniugium homines eiicere e regno Dei*. Auch auf den Kirchenversammlungen sprachen die heiligen Väter

6) Clemens Alexandrin. Stromat. Lib. III. *Fornicatio* est ab uno matrimonio ad alterum prolapsio. Gratian. *can.* 9. *C. XXXI. Qu.* 1. wo unter der Aufschrift Joannes Chrysostomus *homilia* 32. folgende Worte vorkommen: Hac ratione et Apostoli praeceperunt secundas adire nuptias *propter incontinentiam hominum*. Nam secundam quidem accipere secundum praeceptum Apostoli est, secundum veritatis autem rationem, vere *fornicatio* est. Sed dum, permittente Deo, publice et licenter committitur, fit *honesta fornicatio*. S. Berardus ad Grat. canones P. III. Cap. 16. pag. 188.

7) S. Tertullian. *lib. de monogamia.* Id. *Exhortat. ad castitatem.* Id. *ad Uxorem* Lib. I. *Ulr.* Huber Digress. Justin. P. II. Lib. I. cap. 14. hat alle diese Stellen angeführt, und sie seiner Critic unterworfen.

8) *Homilia in Lucam XVII.* Noch mehrere Stellen aus den Kirchenvätern eines jeden christlichen Jahrhunderts führt Heineccius Comm. ad Leg. Jul. et Pap. Popp. Lib. II. cap. 16. pag. 302. an.

ihr Mißfallen gegen die zweyte Ehe laut und nachdrücklich aus, wovon das Nicäische [9]), Laodicäische [10]), Neucäsareische [11]), und das vierte Karthaginensische Concilium [12]) zum Beyspiele dienen können [13]). Daß das Ansehen dieser heiligen Väter auch auf die Gesetzgebung selbst nicht ohne Einfluß bleiben konnte, ist leicht zu erachten [14]). Denn sie sprachen ja nur die Stimmung ihres Zeitalters gegen ein ihnen allen ohnehin gehäßiges Gesetz, die Lex Papia Poppaea, aus [15]). Vielleicht war die nächste Folge davon, daß die in den letztern Willensverordnungen beigefügte Bedingung der Viduität nun nicht mehr, wie nach dem angeführten Gesetz, für ganz unwirksam gehalten wurde [16]). Es wurde näm-

9) S. HARDUIN Concil. Tom. I. pag. 511.

10) HARDUIN T. I. pag. 782.

11) HARDUIN T. I. pag. 788.

12) HARDUIN Tom. I. pag. 985.

13) Man sehe vorzüglich BARBEYRAC Morale des Peres. Cap. XIII. §. 8.

14) Von dem großen Einfluß des Clerus auf die damalige Gesetzgebung handelt ausführlich *de* RHOER Dissertat. cit. de effectu religionis christ. in iurisprud. Rom. Diss. III.

15) S. BOEHMER iur. eccl. Protest. Lib. IV. Tit. 21. §. 3. MONTESQUIEU Esprit des Loix. Tom. II. Livr. XXIII. Art. 20. pag. 418. macht dabey die Bemerkung: *Les Peres ont censurés les Loix Papiennes sans doute avec un zele louable pour les choses de l'autre vie, mais avec tres peu de connoissance des affaires de celle-ci.*

16) S. HEINECCIUS Commentar. cit. loc. pag. 302. in fin. Anderer Meinung ist jedoch *Georg. Lud.* BOEHMER Elector. iuris civ. Tom. II. pag. 550. sq.

lich durch ein Senatusconsult, vielleicht im dritten christlichen Jahrhundert, verordnet, daß diese Bedingung dem Erben oder Legatar, dem sie auferlegt worden, nur dann erlassen seyn solle, wenn derselbe binnen einem Jahre, von dem Tode des verstorbenen Gatten angerechnet, schwören würde, daß er blos, um Kinder zu zeugen, zur zweyten Ehe schreite. Außerdem sollte die Bedingung gültig seyn, und derjenige, welchem dieselbe auferlegt worden, die Verlassenschaft anders nicht, als gegen Leistung der Mucianischen Caution, erhalten. Es ist dieses Senatusconsult unter dem Namen der *Lex Iulia Miscella* bekannt, nicht weil der Verfasser Julius Miscellus geheißen, wie einige der ältern Rechtsgelehrten geglaubt haben, sondern weil die Lex Iulia et Papia dabey zum Grunde lag, und diese durch das Senatusconsult modificirt, und durch Anwendung der Mucianischen Caution vermehrt worden ist, folglich dieses Gesetz aus einem vermischten Rechte bestand [17]. Lex e vario iure mixta et composita [18]. Wie konnte man nun das Senatusconsult treffender bezeichnen, als mit dem Namen jenes

17) S. *Greg.* Majansii Diss. de indicta viduitate, et Lege Julia Miscella, in Eius Disputationib. iuris civ. Tom. II. Disp. XXXIX. Heineccius Comm. cit. pag. 302 sqq. Brunquell Diss. cit. de condit. si non nupserit, ultimis voluntatibus adj. §. 19. sqq. (in *Opusc.* pag. 189.) und *Jo. Aug.* Bachii Diss. de Lege Julia Miscella eiusq. usu hod. (in Opusc. a *Klotzio* edit. *Halae* 1767. 8. Nr. VI. pag. 186. sqq.)

18) *Miscellum* heißt bey den lateinischen Classikern id, quod e vario genere mixtum est et compositum. Sueton. in *vita Caligulae* cap. 20. Varro *de Re Rust.* Lib. III. c. 7. Cato de R. R. Cap. 6.

berühmten Gesetzes, welches dadurch eine modificirte Anwendung erhalten hatte? Justinian gedenkt dieses Gesetzes im *L. 2. et 3. Cod. de indicta viduitate et Lege Iulia Miscella tollenda* nur insofern er es wieder aufhebt; allein in der Novelle *XXII.* Kap. 43. führt er den Inhalt desselben vollständig an. Vetus et antiqua Lex, so heißt es daselbst nach Hombergks Uebersetzung, quae *Iulia Miscella* vocatur, studium procreandorum liberorum prae se ferens, mulieribus permisit, marito licet prohibente, ac ea conditione, ne secundum matrimonium ineat, quid relinquente, nihilominus et nubere et iurare, quasi liberorum gratia hoc faciat, et quod relictum est, capere. Atque hanc potestatem mulieribus dedit intra annum: eo vero elapso, si quod relictum est vellet capere, non aliter mulieribus hoc capere licebat, quam praestita cautione, se secundum matrimonium non inituras esse. Verum hanc adjectionem ipsa *Lex Iulia Miscella* non invenit. Sed *Quintus Mutius Scaevola* hoc ante sanciverat, qui in omnibus, quae facta prohibitione pendent, eiusmodi cautiones excogitaverat. Justinian hob zwar die *Lex Iulia Miscella* wieder auf, und stellte die Lex Iulia et Papia Poppaea wieder her [19]; er änderte aber nachher seine Meinung wieder, und verwarf nur den Eid, um falsche Eidschwüre zu verhüten, im übrigen sollte die Bedingung der Viduität gültig seyn. Quare cum multas certe mulieres cupiditate nuptiarum, non liberorum procreandorum causa, sed naturae necessitate, et iurare et nubere, et

19) *L. 2. et 3. Cod. de indicta viduitate.*

defunctorum voluntates transgredi videremus, primum sanctiorem partem omnino sanandam, et periuria cohibenda esse existimavimus, neque permittendum, ut talia iuramenta suscipiant, in quibus facillime peieratur. — Quoniam igitur lege nostra id sancientes, iuramentum illis ademimus, et ut quid caperent, permisimus, cogitavimus alterum a nobis praetermissum esse, quod scilicet animae etiam defuncti cura gerenda sit. Hac igitur de causa praesentem legem ferimus. Nolumus enim defunctorum voluntates nihil absurdi continentes intercidere. Nach diesem neuesten Gesetz soll nun der Person, der Etwas unter der Bedingung, wenn sie im Wittwenstande verbleiben wird, hinterlassen worden ist, die Wahl freystehen, ob sie zur zweyten Ehe schreiten, und auf die Verlassenschaft Verzicht thun, oder den Willen des Verstorbenen ehren wolle. In diesem Falle kann sie jedoch unter einem Jahre das ihr Hinterlassene auf keine Weise fordern, außer wenn solche Umstände eintreten, die ihr keine Hoffnung einer zweyten Ehe übrig lassen, z. B. der Erbe tritt in den Priesterstand. Nach einem Jahre kann zwar das Hinterlaßene gefordert werden, aber doch auch anders nicht, als gegen Caution, das Empfangene zu restituiren, wenn dem Willen des Erblaßers entgegen gehandelt würde. Dabey hat denn Justinian sowohl die Art der Caution, welche in jedem Falle zu leisten ist, als die Personen umständlich bestimmt, denen sie geleistet werden soll, wie aus Kap. 44. erhellet.

Der Haß gegen die zweyte Ehe, der auch die christlichen Kaiser so abhold waren, wie die Kirchenväter, vermehrte sich aber besonders nach der öffentlichen Einführung

der christlichen Religion in dem römischen Reiche durch die Betrachtung der schädlichen Folgen, welche dieselbe in mancher Rücksicht, vorzüglich aber für die Kinder der erstern Ehe, haben konnte [20]). Daher nennt der Kaiser Constantin der Große [21]) solche Mütter, die zur andern Ehe schreiten, foeminas immoderatas atque intemperantes, quae plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt. Die Kaiser Gratian, Valentinian und Theodosius [22]) sagen, matrem, quae filios ex priore matrimonio susceptos habet, *secundis nuptiis funestari.* Und gewiß nicht undeutlicher hat auch Justinian sein Mißfallen an der zweyten Ehe ausgedrückt, wenn er in der Novelle XXII. Kap. 20. sagt: *Αὐθέντος τοίνυν τοῦ γάμου κατά τάς ἔπροσθεν ἁπάσας διαζεύξεις, εὔδαιμον μὲν καὶ μακάριον ἑκατέρῳ τῶν συμβαλόντων μένειν ἐπὶ τῆς προτέρας εὐνῆς, καὶ μὴ τὴν γενομένην γονὴν τοῖς ἐφεξῆς συνοικεσίοις ἴσως λυπεῖν.* i. e. (nach Hombergks Version). *Matrimonio igitur omnibus solutionibus praecedentibus dissoluto, felix quidem et beatus uterque contrahentium est, si in priori matrimonio maneat, nec sobolem suam, sequentibus forte matrimoniis, tristitia afficiat.* Es war also wohl gewiß nicht bloße Privatmeinung einiger Kirchenväter, daß die zweyte Ehe keine Begünstigung verdiene, wie Ge. Lud. Böhmer [23]) dafür hält, wenn auch gleich Justinian in derselben

20) Die Gründe dieses Hasses hat *de* Rhoer cit. lib. Diss. VI. §. 20. genau entwickelt.

21) *L. 22. Cod. de administr. tutor.*

22) *L. 3. §. 1. Cod. de secund. nupt.*

23) Elector. iuris civ. Tom. II. pag. 552.

Novelle Kap. 43. und 44. die von ihm, durch Aufhebung der oben erwähnten Lex Iulia Miscella, verworfene Bedingung der Viduität, nur aus dem Grunde für verbindlich erklärt, weil man letzte Willensverordnungen soviel möglich bey Kräften erhalten müße, (τὰς τῶν τελευτώντων φυλάττειν μετὰ τοῦ νόμου βουλήσεις). Denn alle Ausleger [24]) außer ihm sind darin einverstanden, daß der wahre Grund dieser Verordnung vielmehr in der Abneigung des Gesetzgebers gegen die zweyte Ehe zu setzen sey. Man sieht dieses auch nicht undeutlich aus der Aeußerung desselben in den letzten Worten des 43. Kap. Denn nachdem er daselbst den Grund angeführt hat, *nolumus enim defunctorum voluntates, nihil absurdi continentes, intercidere:* fügt er hinzu: nam siquidem diceremus oportere mulierem, viro, ne nubat, praecipiente, id omnino observare, haec forte Lex nonnihil acerbitatis habuisset. Iam vero cum alterum in promptu sit, ut si nubere velit, non capiat, quod relictum est, summae absurditatis esset, voluntatem defuncti ita periclitantem contemnere, ut ei et nubendi, et quod relictum est, accipiendi, *et in omnibus priorem maritum contristandi* potestas concedatur. Heißt denn das *contristare* priorem maritum, nicht eben soviel, als wenn Chysostomus [25]) sagt: Mulieres non contentas priore matrimonio, sed iterum nubentes maculare torum mariti prioris, et *memoriam eius violare?* Ja sagt nicht Justi-

24) S. Brunquell cit. Dis. §. 35. (in *Opuscul.* p. 203 sq.) Bach cit. Diss. de Lege Julia Miscella. §. 15. (in *Opusc.* pag. 234 sqq.) u. A. m.

25) *Homilia VII. ad II. Thimoth.*

nian an einem andern Orte, Novelle II. Kap. 3. ganz im Geist dieses Kirchenvaters: Pulchrum quidem esset, et laudandum atque optandum, si mulieres ea essent castitate, ut, quae semel viro nupserunt, *inviolatum defuncto torum servent?* (τηρεῖν ἄδικτον τῷ τελευτήσαντι τὴν εὐνήν). Diese Abneigung der Gesetzgeber gegen die zweyte Ehe dauerte noch lange nach Justinian fort [26]. Noch Kaiser Leo der Philosoph beschämt in der Novelle XC. auf eine empfindliche Art diejenigen, welche sich mit der erstern Ehe nicht begnügen, sondern zur zweyten, ja wohl gar zur dritten Ehe schreiten [27], und verordnet, daß diejenigen, welche zum dritten Male heyrathen, der in dem heiligen Canon der Kirche bekannt gemachten Strafe [28] unterworfen seyn sollen [29].

26) S. Cotelerius ad Constitution. Apostol. Lib. III. cap. 1. *Patr. Apostol.* pag. 275.) *de* Rhoer cit. Diss. VI. §. 19.

27) Er sagt: *Oportebat homines, cum in aliis, tum praecipue in castitate matrimoniali a brutis non vinci. Multa autem brutorum animantium genera, coniuge mortuo, perpetuam viduitatem amplectuntur, alterisque nuptiis priores velut congesta terra obtegere nolunt.*

28) Er meint den *can.* 3. *et* 7. *Concilii Neocaesariensis*, die auch Gratian *can.* 8. *Caus. XXXI. Qu.* 1. aufgenommen hat, vermöge welcher diejenigen, qui saepius nubunt, Pönitenz thun, und kein Priester ihrem Hochzeitsmahle beywohnen soll.

29) S. *Casp. Achat.* Beck de Novellis Leonis Aug. et Philosoph. earumq. usu et auct. lib. sing. Cap. II. §. 15. und *Car. Frid.* Zepernick ad *Eundem* not. t. pag. 108. (*Halae* 1779. 8.)

Sowohl durch die Constitutionen der christlichen Kaiser, als durch die Kirchengesetze sind nun auch mancherley der zweyten Ehe ungünstige Verordnungen gemacht worden, welche theils im eigentlichen, theils im uneigentlichen Sinn, selbst in den Gesetzen [30]), poenae secundarum nuptiarum genennt zu werden pflegen [31]). Es können jedoch nur eigentlich solche Verfügungen der Gesetze hierher gerechnet werden, welche ein wirkliches Uebel, und zwar ein solches Uebel mit der andern Ehe verbinden, das nicht etwa in der gemeinen Natur einer jeden Ehe, sondern blos in der Wiederholung derselben seinen Grund hat. Denn daß die Wittwe, wenn sie wieder heyrathet, den Stand, die Würde, das forum, ja das Recht auf die Grabstätte ihres verstorbenen Mannes verliert [32]), ist keine Strafe, sondern dieß bringt die Natur einer jeden Ehe mit sich, daß die Frau dadurch den Stand ihres Mannes erhält [33]). Auch gehört hierher nicht die

30) *Nov. II. cap.* 2. §. 1. *et cap.* 3.

31) S. *Eberh. Andr.* Alssen Diss. de eo, quod hodie iuris est circa poenas secundis nuptiis scriptas. *Gött.* 1751. 4. und *Jo. Sam. Frid.* Boehmer Diss. de poenis secundarum nuptiarum genuinis ac spuriis. *Francof. cis Viadr.* 1758. 4.

32) *L.* 8. *D. de Senator. L.* 22. §. 1. *D. ad municipal. L.* 13. *Cod. de dignitat. L.* 10. *Cod. de nupt. L. ult. Cod. de bonis matern. Nov. XXII. cap.* 36.

33) Es ist daher unrichtig, wenn Boehmer in Diss. de secundis nuptiis praecipue illustr. personar. Cap. I. §. 47. diese Folgen zu den poenis secundarum nuptiarum rechnen will. Man sehe dagegen *Jo. Sam. Frid.* Böhmer Diss. cit. §. 13. Auch *Conrad* Rittershusius in iure Justinian. P. IV. Cap. IV. nr. 4. pag. 209. hat diese richtigere Ansicht.

Verordnung der Gesetze, daß die Wittwe ein Trauerjahr halten muß, ehe sie sich wieder verheyrathen darf. Denn dieß ist ein blos aufschiebendes Ehehinderniß, welches nur dann Strafen zur Folge hat, wenn es nicht beobachtet worden ist, wovon nachher die Rede seyn wird.

Man kann die so genannten poenae secundarum nuptiarum füglich unter zwey Classen bringen. Es sind entweder 1) gemeine Nachtheile, die jeden zur andern Ehe schreitenden Ehegatten treffen, er sey Wittwer oder Wittwe, und diese haben entweder das Beste der Kinder der ersten Ehe zum Zweck, und sind als wahre Wohlthaten für dieselben anzusehen; oder sie haben darauf keine Beziehung, sondern können eintreten, es mögen Kinder aus der erstern Ehe vorhanden seyn, oder nicht. Oder 2) es sind besondere Nachtheile, die entweder nur den Wittwer allein, oder die Wittwe treffen. Soviel also

I. die gemeinen Nachtheile betrifft, welche jeden zur andern Ehe schreitenden Ehegatten treffen können, er sey Wittwer oder Wittwe; so sind diese von verschiedener Art.

A. Einige derselben haben das Beste der Kinder der ersten Ehe zum Zweck, welches zu sichern die christlichen Kaiser sich um so mehr angelegen seyn ließen, als die Erfahrung lehrt, in welche Gefahr das Wohl solcher Kinder insgemein gesetzt wird, wenn sie einen Stiefvater oder eine Stiefmutter erhalten [34]. Diese Verfügungen,

34) *L.* 22. *Cod. de administr. tutor.* LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. I. Specim. XLIII. medit. 2. erläutert dieses Gesetz durch ein Beyspiel aus JUVENAL. *Satyr. VI.* vv. 626—630. Man sehe auch BAILE Reponses aux questions d'un Provincial. P. I. cap. 40. sqq. und de RHOER Diss. cit. VI. §. 20. pag. 245. sq.

welche die Gesetze zum Besten der Kinder der ersten Ehe getroffen haben, und welche also eigentlich als eine Wohlthat für sie anzusehen sind, werden denn freylich nur in einem uneigentlichen, aber doch den Gesetzen [35]) nicht unbekannten Sinn, poenae genennt. Hierher gehört nun

1) daß der zur zweyten Ehe schreitende Ehegatte das Eigenthum alles desjenigen Vermögens verliert, was er durch die Liberalität des vorigen Ehegatten erworben hatte, und blos den lebenslänglichen Nießbrauch davon behält. Die Proprietät fällt an die Kinder der ersten Ehe. Der parens binubus kann also davon gültig nichts veräußern noch verpfänden. Anfangs und nach der Verordnung der Kaiser Gratian, Valentinian II. und Theodos I. *L. 3. Cod. de secund. nupt.* vom J. 382. galt dieß zwar nur von Müttern, die zur zweyten Ehe schreiten, und denen auch gestattet war, über diese lucra nuptialia unter ihren Kindern nach Gefallen zu disponiren, und sie auch wohl einem Kinde allein zuzuwenden. Es heißt nämlich daselbst.

Foeminae, quae susceptis ex priore matrimonio filiis, ad secundas post tempus luctui statutum transierint nuptias, quicquid ex facultatibus priorum maritorum sponsalium iure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quicquid mortis causa donationibus factis, aut testamento iure directo aut fideicommissi, vel legati titulo, vel cuiuslibet munificae liberalitatis praemio ex bonis, ut dictum est, priorum maritorum fuerint adsecutae: id totum ita, ut perce-

35) *Nov. 2. Cap. 2. §. 1. et Cap. 3. L. un. C. de his, quae poenae nomine.* S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 4.

perint, integrum ad filios, quos ex praecedente coniugio habuerint, transmittant, vel ad quemlibet ex filiis, dummodo ex his tantum sit, quos tali successione dignissimos iudicamus, in quem contemplatione meritorum liberalitatis suae iudicium mater crediderit dirigendum. Nec quicquam eaedem foeminae ex iisdem facultatibus alienandum in quamlibet extraneam personam, vel successionem ex alterius matrimonii coniunctione susceptam, praesumant: atque habeant potestatem possidendi tantum, atque fruendi in diem vitae, non etiam alienandi facultate concessa. Nam si quid ex iisdem rebus in alium quemlibet fuerit ab ea translatum: ex maternis redintegrabitur, quo illibata ad eos, quos statuimus, liberos bona, et incorrupta perveniant.

Ihre Kinder kann sie zwar sowohl ab intestato als ex testamento beerben, jedoch erhält sie nur den Nießbrauch von ihrer Portion, wenn noch Kinder erster Ehe da sind.

§. 1. Illud etiam addimus huic legi, ut si aliquis ex iisdem filiis, quos ex priore matrimonio susceptos esse constabit, forte decesserit, *matre iam secundis nuptiis funestata*, aliis etiam ex eodem matrimonio progenitis liberis superstitibus [36]), id, quod per eandem successionem ab intestato, vel

36) Diese Stelle, welche im Theodos. Codex *L.* 2. *de secund. nupt.* III. 8. anders lautet, ist von Tribonian nach dem neuen Recht umgeändert worden. S. *Jac.* GOTHOFREDUS in Comment. ad h. L. Tom. I. pag. 326.

ex testamento suae posteritatis mater videbitur consecuta, in diem vitae suae pro sibi debita portione sola tantum possessione delata, omne his, qui supererunt, ex priore susceptis matrimonio filiis relinquat: nec super istiusmodi facultatibus testandi in quamlibet extraneam personam, vel quicquam alienandi habeat potestatem.

Das Gesetz setzt hier aber voraus, daß die Mutter zur Zeit des Todes des Kindes schon in der zweyten Ehe lebte. Wie also, wenn sie erst nach dem Tode des Kindes sich wieder verheyrathet hätte? Diese Frage entscheidet die *L. 5. Cod. ad SCtum Tertull.* eine Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinian vom J. 426.

Mater, quae defuncto filio, filiaeve sine liberis, ex testamento vel ab intestato succedit, si matrimonium secundum post mortem filii, vel filiae non contraxerit, omnia filii seu filiae morte delata, vel derelicta pleno iure acquirat. Sin vero alterius mariti coniugium elegerit, extrinsecus quidem quaesita filio filiaeve simili firmitate possideat: rerum vero paternarum defuncti solo usufructu, humanitatis contemplatione, potiatur, proprietatem et sororibus et fratribus transmissura defuncti.

Nach diesem Gesetz kommt es also darauf an, ob das Vermögen des verstorbenen Kindes vom Vater herrührt, oder von Andern. Im ersten Fall erhält die Mutter nur den Nießbrauch ihres Erbtheils, die Proprietät muß sie den Geschwistern des verstorbenen Kindes überlassen. In dem letztern aber erwirbt sie das volle

Eigenthum ihres Erbtheils eben so, als wenn sie im Wittwenstande geblieben wäre [37]).

Noch traf also den Vater dieser Nachtheil nicht, wenn er zur andern Ehe übergieng. In der *L. 2. Cod. Theod. de secund. nupt.* wird er nur ermahnt, den Kindern der erstern Ehe dasjenige zu hinterlassen, was aus dem Vermögen ihrer Mutter auf ihn gekommen ist, ohne ihn deshalb zu verbinden [38]). Erst der Kaiser Theodos II. änderte dieses ab, und verordnete in der Novelle VII. vom Jahre 439. [39]) woraus die *L. 5. Cod. Iust. de secund. nupt.* genommen worden ist, daß in allen Fällen, wo die Mutter den Kindern die lucra nuptialia erhalten

37) S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Cod. Lib. V. Tit. 9. ad L. 3. cit.

38) Es heißt nämlich am Schluß der *L. 2. Cod. Th. de sec. nupt.* Similiter etiam admoneri *Maritos* volumus, et pietatis et legis exemplo, quos etsi vinculo non adstringimus, velut impositae severius sanctionis, religionis tamen iure cohibemus, ut sciant id a se promptius sperari, contemplatione iustitiae, quod necessitate propositae observationis matribus imperatur: ne si ita necessitas persuaserit, circa eorum personam subsidio sanctionis exigi ab eis oporteat, quod optari interim sperarique condeceat. S. *Jac.* Gothofredus cit. Commentar. pag. 327. und Cujacius c. l.

39) S. *Novellae Constitutiones Imperator. Justiniano anteriorum*, in der Ritterschen Ausgabe des Cod. Theodos. Tom. VI. P. II. pag. 22. auch Ritter Commentar. ad hanc Novell. VII. und Hugo ius civ. Antejust. Tom. II. pag. 1246. sqq.

muß, auch der Vater hierzu verbunden seyn solle [40]). Das Eigenthum dieser Güter soll auch hier mit dem Uebertritt zur zweyten Ehe auf die Kinder erster Ehe fallen, und dem Vater nichts davon zu veräußern oder zu verpfänden erlaubt seyn. Die hieher gehörigen Worte sind.

Generaliter censemus, quocunque casu constitutiones ante hanc Legem mulierem liberis communibus, morte mariti matrimonio dissoluto, quae de bonis mariti ad eam devoluta sunt, servare sanxerunt: iisdem casibus maritum quoque, quae de bonis mulieris ad eum devoluta sunt, morte mulieris matrimonio dissoluto, communibus liberis servare. — Dominium autem rerum, quae liberis per huius legis, vel praeteritarum constitutionum auctoritatem servantur, ad liberos pertinere decernimus. Itaque defuncto eo, qui eas liberis servabat, extantes ab omni possessore liberi vindicabunt: consumtas vero ab heredibus eius exigent, qui eas servare debuerat. Alienandi sane, vel obligandi suo nomine eas res, quae liberis servari praeceptae sunt, eis, qui reservaturi sunt, ademta licentia est.

Dem Parens wird jedoch auch noch in diesem Gesetz die Freyheit gestattet, die lucra nuptialia unter den Kindern nach Willkühr zu vertheilen, ja auch einem derselben Alles allein zuzuwenden. Etwas Eigenthümliches aber ist

40) Dieß ist der Grund, warum Tribonian die oben Not. 38. angeführten Schlußworte der *L. 2. Cod. Th. de secund. nupt.* in der daraus genommenen *L. 3. C. Just. eodem* weggelassen hat.

es, daß wenn auch die Kinder nicht Erben des zuerst verstorbenen Parens geworden sind, dieselben dennoch die von ihm herrührenden lucra nuptialia nach dem Tode des zuletzt Verstorbenen erhalten sollen, nicht anders, als ob sie zu desselben Vermögen gehörten, wenn sie jetzt nur diesen beerben. Es heißt nämlich:

In his autem casibus, in quibus res ut paternas mater liberis communibus servare praecepta est, hoc est, ubi morte mariti matrimonio dissoluto, mulier ad alias nuptias pervenerit, vel ubi res ut maternas patrem liberis communibus servare censuimus, hoc est, ubi morte mulieris matrimonio dissoluto, vir ad alias nuptias venerit, si hereditatem eius parentis, qui prior mortuus est, non adierint liberi, licebit eis, tanquam eius tantum res fuerint, qui posterior moritur, eas sibimet vindicare, scilicet si eius, qui posterior moritur, hereditatem crediderint adeundam.

Der Grund, womit diese Eigenthümlichkeit unterstützt wird, ist: ne quod favore liberorum inductum est, quibusdam casibus ad laesionem eorum videatur inventum.

Eine zweyte Eigenthümlichkeit dieses Gesetzes ist, daß wenn auch der überlebende Ehegatte nicht zur zweyten Ehe schreitet, aber doch die lucra nuptialia aufbewahrt hat, die Kinder, auch wenn sie ihn nicht beerben wollen, diese lucra denn doch als Theile der Erbschaft ihres zuerst verstorbenen Vaters oder Mutter verlangen können.

Illud etiam humanis sensibus huic legi credidimus inserendum, ut eo quoque casu, quo lucra-

tur vel mulier res, quae ad eam a marito perveniunt, vel maritus eas, quae ex bonis mulieris ad eum transeunt, hoc est, ubi primum matrimonium alterius morte dissolvitur, nec superstes ad secundas nuptias pervenit, si res vel maritus, vel uxor, hoc est, qui superstes est, non consumserit, vel alienaverit, quod eis ad secundas nuptias non venientibus, quasi rerum dominis, concessum esse non dubium est[41]), liberis liceat res a patre profectas, ut paternas, a matre, ut maternas, accipere.

Durch die neuern Constitutionen der Kaiser ward jedoch dieses Recht auf verschiedene Art abgeändert. Zuerst wurde dem überlebenden Ehegatten das Recht entzogen, die durch die zweyte Ehe den Kindern der erstern anheim gefallenen lucra nuptialia unter dieselben willkührlich zu vertheilen, und dagegen verordnet, daß die Kinder der ersten Ehe alle gleichen Antheil daran haben sollen, weil

41) In der *Nov. Theod.* heißt es: si hereditatem eius qui posterior moritur, liberi adire noluerint, ut eis liceat etc. Diese Worte sind nun zwar hier weggelassen, allein Justinian hat dieses selbst *L.* 8. §. 1. *Cod. de secund. nupt.* verordnet. Illud etiam certa sanctione definire censemus, ut, si quis, vel si qua ex alio matrimonio filiis procreatis, minime ad secundas nuptias venerit, eodem modo liceat quidem genitori vel genitrici res ex priore coniugio sibi acquisitas, quomodo voluerit, alienare, vel administrare: *si quae vero earum minime sint alienatae, possunt liberi etiam non adeuntes paternam vel maternam hereditatem eas vindicare.* Man vergleiche besonders Ritter cit. Comm. ad Nov. Theod. VII. Not. oo. pag. 25.

durch die zweyte Ehe alle Kinder der erstern auf gleiche Weise beleidigt worden sind. Die Kaiser Majorian[42]) und Severus[43]) verordneten dieses zuerst bey den Müttern für den Occident. Im Orient hingegen dauerte das

42) *Novella Maioriani VIII. de Sanctimonialibus et viduis*, dat. *Ravennae* 458. in der Ritterschen Sammlung Tom. VI. P. II. pag. 155. sqq. und in Hugo Jur. civ. Antejust. Tom. II. pag. 1377. sqq. Es heißt daselbst §. 8. Illud sane latus divalis Constitutionis abolemus, quo videbatur matribus fuisse permissum, ut ex quantitate sponsalitiae largitatis in unum filium, si velint, portionem maximam conferendi habeant liberam facultatem, *in quam nos filios aequa iubemus lance succedere:* siquidem recte illa donatio inter bona paterna numerabitur, quam in uxorem maritus contulit tempore nuptiarum.

43) *Nov. Severi I. de abrogatis capitibus iniustis Legis D. Maioriani*, dat. *Romae* 463. in Collect. Novellar. *Ritter.* pag. 160. und bey Hugo T. II. pag. 1392. Illud tantum ex eadem lege retinentes, quod veterum legum commendat auctoritas, scilicet, ut post viri obitum *sponsalia* (i. e. dona sponsaliorum nomine oblata, sive donationes ante nuptias. S. Ritter ad h. Nov. not. e.) in usumfructum tantum mater habeat, et a filiis alienare non possit, sive in alias nuptias venerit, sive non venerit, *et ut omnibus ex eodem matrimonio filiis ex aequo communia in unum aut alterum matri conferre non liceat.* Nam quid est aliud, a filiis alienare; si hoc non est, cum proles numerosa contigerit, praetermissis ceteris uni vel alii prava velle intentione largiri? Sint sane matres, si ita libuerit, pro impensis obsequiis in filiorum electione liberales, usumfructum suum, cui voluerint, largiantur, *proprietatis commoda cunctis pariter filiis deputata non minuant.*

Wahlrecht des parens binubus fort bis auf Justinian[44]). Erst dieser hob es nicht nur bey der Mutter, sondern auch bey dem Vater auf. Dieß geschahe in der Novelle 2. Kap. 1. und 2. (vom J. 534.)

Quare electiones illas nec confusas nec indistinctas relinquere, sed hanc rem ita ordinare nobis visum est, ut matre semel secundas nuptias contrahente, omnes liberi proprietatem donationis ante nuptias statim lucrifaciant, neque ullo modo matri quosdam ex liberis eligere, quosdam vero iniuria afficere liceat, *quia omnibus simul per secundas nuptias iniuriam intulit.* — Cap. 2. §. 1. Quia vero *secundo nubentium poenae communes sunt viro et mulieri*, ille quidem, quando ad secundas nuptias venit, de dote, haec vero de donatione ante vel propter nuptias periclitabitur; et haec lex *in utramque personam* lata sit, et tam *de electione*, quam de alienatione et lucro haec sancita sint.

In eben dieser Novelle ist noch Kap. 2. verordnet, daß wenn etwa der überlebende Ehegatte vor dem Uebertritt zur zweyten Ehe von diesen Gütern einen Theil veräussert hätte, eine solche Veräusserung zwar durch die zweyte Ehe ungültig werde; jedoch soll alles so lange in suspenso bleiben, bis sich künftig bey dem erfolgten Tode desselben ergiebt, ob noch die Kinder am Leben sind, oder nicht. Denn sind sie vor dem parens binubus verstorben, und dieser hat sie beerbt, so bleibt alles gültig. Haben sie zum Theil fremde Erben hinterlassen, so bleibt wenigstens

44) S. von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Theodos II. und Valent. III. bis auf Justinian. Wetzlar 1812. S. 67.

die Veräusserung in Rücksicht des dem Parens gewordenen Erbtheils gültig, und ist denn nur in Rücksicht des Uebrigen ungültig.

In dem dritten Kap. derselben Novelle hat Justinian auch den in den oben angeführten Constitutionen bey der Beerbung der Kinder gemachten Unterschied aufgehoben, und verordnet, daß die Mutter in Ansehung derselben durch die zweyte Ehe keinen Nachtheil leiden, sondern mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes erben, und von ihrem Erbtheil Eigenthümerin seyn und bleiben solle, das Kind mag vor der zweyten Ehe oder erst nach derselben sterben [45]. Quemadmodam enim patres, si secundas nuptias contrahant, non fraudamus successione liberorum, nec lex quaedam est, quae id dicit, ita nec *matres* successione liberorum privabimus, si matres secundo nubant, sive *ante secundas nuptias*, sive *post eas* liberi moriantur. — Unde quod patres habent, sive secundas nuptias ineant, sive non, hoc etiam matres habeant, et mater ad filii hereditatem vocetur, sive secundas nuptias iam contraxerit, sive postea contrahat.

Alles dieses bestätigte Justinian nochmals in der Novelle XXII, Kap. 23. (vom J. 536.) wo das noch jetzt geltende Recht auf folgende Art aus den vorigen Constitutionen recapitulirt wird.

Si vero tempus quidem exspectet mulier, ad secundum vero matrimonium, priores nuptias insuper habens, veniat, siquidem liberos non ha-

45) S. *Jac.* Cujacius Exposit. Novellar. ad Nov. 2.

beat, — sine periculo tota res futura est. Si vero proles existat, et lex videat liberos exinde iniuria affectos, tum *omni liberalitate, a marito in eam profecta, quoad proprietatem privetur, solo usufructu illi relicto.* Et haec sancita quoque sint, tam de donatione propter nuptias, quam de omni alia liberalitate, sive inter vivos, sive testamento, sive mortis causa donatione a viro in eam collata: sive pars sit institutionis, sive legatum sive fideicommissum. Et ut generaliter dicamus, *omnis proprietas ab ea recedet earum rerum, quae a priori viro ad eam pervenerunt, et liberi eas capient, ac statim ab eo tempore, quo mater alii viro iuncta est, proprietatis erunt domini.* Atque haec communis tam mulieri, quam viro imposita sit poena. Nam si ille quoque liberos habens secundam iis superduxerit uxorem, *lucris dotis quoad proprietatem non fruetur, nec aliam liberalitatem, quam a muliere accepit, firmam habebit, praeterquam quod uti et frui solum possit, quoad vixerit.* Nam hic quoque liberi, etsi sub potestate constituti, *domini tamen illorum quoad proprietatem erunt, eaque statim, matrimonio cum secunda coniuge contracto, ad eos venient.*

Cap. 24. Quod autem de lucris exinde ad coniuges venientibus sancitum est, etiam sic ratum sit, et lex adeo fidus iis erit custos, ut has res neque alienare, neque pignori dare parentibus permittat. Sed et si parentes quid fecerint, statim eorum substantiam illis obligat. — Ac sciant ex hac nostra lege, quod, etsi ab eiusmodi parentibus quid emerint, vel donum acceperint, vel

quicquam aliud egerint, id quod gestum est, perinde habendum sit, ac si nihil neque factum, neque scriptum esset.

Cap. 25. Venient vero lucra haec ad omnes liberos, qui ex prioribus nuptiis suscepti sunt. *Non enim permittimus parentibus, ut non recte introducta electione adversus eos utantur, et alii quidem ex liberis quid dent, alium vero iniuria afficiant.* Omnes enim secundis nuptiis pari contumelia affecti sunt? — Ideoque quilibet horum pro portione lucretur: idque, si liberos habet, ad eos transmittat.

Cap. 26. Quoniam vero harum rerum alienationes a parentibus factas irritas declaravimus, convenit, ut accuratius hanc rem definiamus. Nam si omnes supersint liberi ex primis nuptiis procreati, et parens praemortuus sit, irrita omnino erit alienatio, secundum ea, quae ante a nobis dicta sunt. Si vero omnes decesserint, et res ad orbitatem redigatur, tum ex eventu valebit id quod alienatum est. Quis enim id infirmabit, liberis, quibus solis hoc servavimus, non existentibus? Sed hic nuper in accuratam quandam et sollicitam venimus cogitationem, quaeque medium utrorumque casuum curiose examinat. Nam cum omnibus quidem liberis superstitibus, et parente mortuo, nulla pars lucrorum ipsis relinqueretur, omnibus vero mortuis totum ad eos rediret, mediam quandam viam in ea re invenire voluimus, ut, si pluribus existentibus liberis, unus moriatur, siquidem liberos habeat, ad eos hereditas illa de-

feratur, uti saepius diximus: si vero liberos non habeat, ad fratres totum utique non perveniat, sed quantum ex pacto in casum non existentium liberorum parenti acquisitum est, tantum ipse lucretur, reliquum vero ad filii successores, sive fratres, sive forte extranei sint, venire permittatur: id quod maxime in matre contingit, sive de bonis suis disponant, sive intestati moriantur. Atque hoc in lege nostra constituimus, primi illud excogitantes et invenientes, clementerque sancientes. Quare hoc quoque casu si alienaverit parens, antequam ad secundas nuptias veniat, deinde unus ex liberis mortuus fuerit, eatenus solum valeant ea, quae alienata sunt, quatenus ad eum, qui alienavit, ex pacto in casum non existentium liberorum pervenit. Nam quoad eas partes, quae ad heredes filii veniunt, omnino irritum erit. Quare facta alienatione res in suspenso manebit, una cum sequentibus casibus mutanda, et vel plane ab initio infirmetur alienatio: vel in totum valeat, vel pro parte quidem infirmetur, pro parte vero subsistat.

Justinian bestimmt hier noch genauer, als es in der früheren Novelle 2. geschehen war, in wiefern die von den Eltern unternommenen Veräusserungen der lucrorum nuptialium für gültig oder für ungültig zu halten seyen. Er unterscheidet drey Fälle. Erstens der Parens ist vor den Kindern der ersten Ehe gestorben, und zwar haben alle diese Kinder ihn überlebt. Hier ist die ganze Veräusserung nichtig. Die Kinder können daher die veräusserten Güter vindiciren, oder auch sich der hypothekari-

schen Klage bedienen[46]. Zweytens sämmtliche Kinder der erstern Ehe sind vor dem Veräusserer gestorben, ohne andere Erben zu hinterlassen, als diesen Parens[47]. Hierdurch wird nun zufällig die ganze Veräusserung gültig. Denn wer sollte sie hier anfechten? Drittens von mehreren Kindern der erstern Ehe ist nur Eins vor dem veräussernden Parens gestorben. Hier unterscheidet das Gesetz weiter, ob das verstorbene Kind selbst Kinder hinterlassen hat, oder nicht, sondern Brüder oder andere Erben. In dem erstern Falle fällt der Theil, den das verstorbene Kind an den lucris nuptialibus seines Parens hatte, an desselben Kinder, und die Veräusserung bleibt ungültig[48]. In

46) *Nov. XXII. c.* 24. *L.* 6. §. 2. *L.* 8. §. 4. *et* 5. *C. de sec. nupt.* S. Cujacius Exposit. Nov. XXII. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. et celebrior. LL. Cod. ad L. 6. et alias quasd. de secund. nupt. pag. 384. besonders *Scip.* Gentilis lib. de secundis nuptiis. Cap. 14.

47) Der Scholiast in den *Basilicis* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 14. Sch. f. pag. 490. sagt: Οἱ γονεῖς δυνάνται ἐκποιεῖν τά κερδανθέντα, ἐὰν οἱ παῖδες ἀυτῶν προετελεύτησαν, δηλονότι μὴ ἔχοντες ἄλλους διαδοχους. i. e. *Parentes alienare possunt lucra nuptialia, si eorum filii praemortui sint, alios successores non habentes.*

48) *L.* 7. *L.* 8. *pr. Cod. de sec. nupt.* Eben dieses gilt, wenn auch die Mutter erst nach dem Tode des Kindes zur andern Ehe geschritten wäre. Zwar hatte das Kind bey seinem Leben seinen Theil noch nicht erworben, allein die Enkel treten hier an die Stelle des verstorbenen Kindes, und erhalten den Antheil, den das verstorbene erhalten hätte, vermöge des Repräsentationsrechts. *L.* 7.

dem letztern Falle aber können sich die Erben des verstorbenen Kindes nicht die ganze Erbschaft anmassen, sondern der überlebende Parens bekommt einen verhältnißmäßigen Theil davon, soviel ihm nämlich in dem Ehevertrage auf den Fall, daß keine Kinder vorhanden sind, ist ausgesetzt worden. Man setze den Fall, es sey in den Ehepacten bedungen worden, daß die Frau, wenn der Mann vor ihr versterben sollte, in dem Fall, da keine Kinder vorhanden sind, die Hälfte von der donatio propter nuptias, im Falle aber Kinder da wären, die ganze donatio lucriren solle, und diese bestünde aus 1000 Ducaten, so gehören der Wittwe, wenn keine Kinder vorhanden sind, 500 Ducaten. Sind aber Kinder da, so bekommt sie die ganze Summe von 1000 Ducaten. Schreitet sie nun zur andern Ehe, so fällt das ganze Kapital an die Kinder, und die Mutter behält nur den Nießbrauch davon, so lang sie lebt. Von diesem Kapital bekommt nun jedes Kind, wenn deren fünf sind, 200 Ducaten. Nun setze man weiter, Eins von diesen Kindern sey vor der Mutter gestorben; hat dieses Kinder hinterlassen, so erben diese die 200 Ducaten allein. Hat es aber Geschwister oder andere Erben hinterlassen, so bekommt die Mutter die Hälfte des auf das verstorbene Kind gekommenen Antheils von 200 Ducaten, sie bekommt also 100 Ducaten nach dem Verhältniß des ihr in den Ehepacten in casum ἀπαιδίας, sive orbitatis, d. i. auf den Todesfall der Kinder, ausgesetzten Theils an der donatio propter nuptias, worüber sie frey disponiren kann. Nach diesem Unterschied der Fälle kann also eine von der

L. 8. pr. Cod. de secund. nupt. S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad L. 7. et 8. citt. und *Scip.* Gentilis de secund. nuptiis. Cap. 13. pag. 77. sqq.

Mutter unternommene Veräußerung bald ganz gültig, bald ganz ungültig, bald zum Theil gültig zum Theil ungültig seyn [49]. Wenn das Gesetz sagt: *id quod maxime in matre contingit*, so geht dieses darauf, daß das Kind, als sui iuris, auch wohl im Testament einen heres extraneus eingesetzt haben könne, welches bey dem Vater, in dessen Gewalt sich das verstorbene Kind befand, nicht Statt finden kann [50]. Der griechische Scholiast [51]) be-

49) Man sehe hier vorzüglich *Sc.* Gentilis c. l. pag. 84 sqq.

50) S. Cujacius Exposit. Nov. XXII. und Gentilis c. l. pag. 88 sq.

51) *Basilica* Tom. IV. pag. 490. Sch. h. Επὶ γὰρ τοῦ πατρὸς ὑπεξουσίου τοῦ παιδὸς ὄντος, καὶ μὴ δυναμένου διατίθεσθαι ἐν τοῖς ἀπροσπορίστοις, κληρονόμος ἐξωτικὸς ὀυκ ἔστι. σημείωσαι δὲ διὰ τὸ μὴ ἔχειν τὴν μητέρα τοὺς παῖδας ὑπεξουσίους, ἐξωτικὸν πρὸσωπον καλεῖσθαι. νόει δε οὕτως εἰ διαξυγίῳ ἀποσταίη τοῦ ἀνδρός. τοτε γὰρ ξῶσα καλεῖται συγκληρονομῆσαι τοῖς παισὶ τοῦ τελευτήσαντος παιδὸς κλῆρον δευτερογαμοῦντος ἀνδρὸς, ὡς ἰίγε μὴ διαξὺγιον ἐγένετο, πάντως ἂν ὁ γάμος οὐκ ἐλύετο, εἰ μὴθανὰτῳ μόνῳ· ἀλλὰ διαξυγὶου γεγονὸτος, εἰκὸτως καὶ ἡ μὴτηρ ὡς περιοῦσα κληρονομεῖ. i. e. *Nam patre superstite, cum filius, in cuius potestate est, ne de his quidem bonis, quae patri non acquiruntur, testamentum facere possit, extraneus heres non est. Nota autem matrem, quod filios in potestate non habeat, vocari personam extraneam. Sic autem intellige, si divortio seiuncta sit a marito: tunc enim vivens cum filiis vocatur ad hereditatem filii defuncti, si maritus secundam uxorem duxerit: nam si divortium factum non fuisset, sola morte diremtum esset matrimonium: sed divortio facto, merito quoque mater succedit, quod superstes sit.*

merkt noch, daß wenn die Mutter vom Vater geschieden worden, sie selbst eine persona extranea genennt werden könne, und dem verstorbenen Kinde mit den Geschwistern desselben ab intestato succedire.

Am Schluße des Kap. 26. §. 1. fügt **Justinian** noch hinzu, daß es in Absicht auf die lucra nuptialia, welche durch den Uebertritt zur zweyten Ehe des überlebenden Ehegatten an die Kinder der ersten Ehe fallen, gleichviel seyn solle, ob sie Erben der Eltern geworden sind, oder nicht. Sie müssen sich nur nicht durch Undankbarkeit dieser gesetzlichen Wohlthat unwürdig gemacht haben. **Justinian** sagt nämlich §. 1. nach **Hombergk.**

In ea quoque lucra, quae liberi capiunt, parentibus secundas nuptias contrahentibus, non curiose inquirimus, utrum heredes sint parentis ante vel postea mortui, vel an quidam heredes sint, quidam vero non. Sed quemadmodum antea [52]) diximus, *praemium ipsis datum, aequaliter illi quidem, qui superstites sunt, accipient, cum ipsis vero etiam liberi illius, qui mortuus est, parentis sui partem capient, ubique tamen ingratitudo, sicut antea quoque diximus, filio impedimentum, quantum ad lucrum illud, afferat.* Leges enim in

52) S. *Cap.* 20. §. 2. *in fine.* Atque haec filiis *tanquam praecipuum aliquod praemium* ex nostra lege dabuntur, *etsi patri aut matri, aut utrique heredes non sint, vel quidam ex illis hereditatem adeunt, quidam vero recusent;* — quare si ipsis praemium lege delatum est, nullo additamento confundatur, neque minuatur, *nisi ipsi liberi suae diminutionis causam praebeant.*

ingratos latas non transgredimur, cum ea re et parentes honoremus, et liberos ad pietatem deducamus. Quemadmodum enim electionem prohibuimus, et omnibus ex aequo praemia illa dedimus, ita, quae ad ingratitudinem pertinent, non tollimus. Manifestum autem est, quod is debeat *ingratus* intelligi, qui vel in utrumque parentem, vel omnino in eum, qui posterior mortuus est, talis fuisse aperte demonstretur.

Noch blieben die lucra nuptialia ein unwiederrufliches Eigenthum des überlebenden Ehegatten, worüber derselbe nach Willkühr verfügen konnte, wenn er nicht wieder zur andern Ehe schritt. Nur, wenn letzteres geschahe, gieng das Eigenthum auf die Kinder über, und dem sich wieder Verheyrathenden blieb nur der Nießbrauch auf Lebenszeit, bis auf einen gewißen Theil, den der parens binubus aus der Verlassenschaft eines vor ihm verstorbenen Kindes erster Ehe nach dem Ehevertrage auf den Fall eigenthümlich erhielt, da keine Kinder vorhanden sind. Dieses Letztere bestätigte nun zwar Justinian nochmals in der Novelle *LXVIII.* vom J. 538. allein in Ansehung der lucrorum nuptialium machte der Kaiser in der Nov. *XCVIII.* vom J. 540. die wichtige Abänderung, daß das lucrum dotis in Ansehung des überlebenden Ehemannes, so wie das lucrum donationis propter nuptias in Ansehung der überlebenden Ehefrau, den Kindern erster Ehe schlechterdings erhalten werden solle, der überlebende Ehegatte schreite zur andern Ehe oder nicht, und nur der lebenslängliche Nießbrauch soll ihm davon verbleiben.

Quam ob rem sancimus, sagt Justinian Kap. 1. si mulier moriatur, et maritus dotem lucretur,

ut illa liberis omnino servetur, sive secundas nuptias contraxerit, sive non: contra ea, si vir moriatur, mulier vero donatione ante nuptias fruatur, ut illa quoque omni modo lucra donationis ante nuptias omnibus liberis suis servet, et ususfructus quidem lucrorum nuptialium penes eos sit, dominium vero liberis illorum omni modo servetur, et quae de parentibus secundas nuptias contrahentibus sancita sunt, in suo ordine custodiantur. Atque hoc obtineat in matrimoniis, quae quocunque modo ex hodierna die, et omni futuro tempore solventur: nec non in matrimoniis, quae soluta quidem sunt vel morte, vel alio quocunque modo, adhuc vero durant, eo, quod unus adhuc superstes sit.

Diese Verordnung hat Justinian in der Nov. *CXXVII.* Kap. 3. vom J. 548. zu Gunsten des überlebenden Ehegatten dahin endlich abgeändert, daß wenn derselbe, er sey die Mutter oder der Vater, nicht wieder heyrathet, außer dem Nießbrauche, noch einen Kindestheil an der donatio propter nuptias oder der dos haben solle.

Quoniam vero et mulieres ad secundas nuptias non venientes, praecipuo aliquo prae iis, quae secundo nubunt, dignas esse existimamus: sancimus, si quae viro amisso secundis nuptiis abstineat, ut illa usumfructum quidem donationis ante nuptias habeat, (quemadmodum antea etiam sancivimus) habeat vero illa et proprietatis tantum, quantum filiorum quantitas faciat, ut secundum illa et dominii iure unius ex liberis personam gerere videatur. *Haec autem non solum in matribus obtinere iubemus, sed et in patribus, ce-*

terisque ascendentibus volumus, qui secundas nuptias non contraxerunt.

Hat der Mann seiner Frau, oder die Frau dem Manne blos den Nießbrauch von gewissen Gütern in einem letzten Willen hinterlassen, so gieng zwar vor Justinian auch sogar dieser Usußfruct durch den Uebertritt zur zweyten Ehe verloren[53]; allein dieses hat Justinian durch die Novelle *XXII.* Kap. 32. abgeändert. Hier heißt es:

53) Dieß hatten zuerst die Kaiser Valentinian, Theodos und Arcadius *L. un. Cod. Si secundo nupserit mulier* vom J. 392. verordnet. Ob nun gleich diese Constitution ausdrücklich sagt, dieses gelte nicht de usufructu *rerum ante nuptias donatarum*, sondern es solle hier das beobachtet werden, quae *anteriores constitutiones* decreverunt; so scheint dennoch dieselbe mißverstanden worden zu seyn. Denn die Kaiser Arcadius und Honorius fanden sich bewogen, in einer neuern Verordnung nämlich *L. un. Cod. Theod.* eod. Tit. vom J. 398. nochmals zu bestimmen, daß die Frau nur den ihr in einem letzten Willen hinterlassenen Nießbrauch, nicht aber den usufructus an den rebus ante nuptias donatis verlieren solle, welche beyde Arten des Usußfructs nicht mit einander vermischt werden dürften; und dieses haben nachher die Kaiser Honorius und Theodos *L. 3. Cod. Theod. de secundis nupt.* vom J. 412. nochmals eingeschärft. S. *Jac.* Cujacius Recitation. solemn. in Tit. X. libri V. Cod. Si secundo nupserit. mulier. *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. un. Cod. Theod. Si sec. nupserit. mul. Tom. I. *Cod. Theod.* pag. 328. *edit. Ritter. Scip.* Gentilis lib. de secundis nuptiis. Cap. XV. und von Löhr Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der Röm. Kaiser von Constantin I. bis auf Theodos II. und Valentin. III. Wetzlar 1811. 8. S. 70. Not. 1.

Si vero aut vir uxori aut uxor viro solum bonorum usumfructum testamento dederit, vetus quidem lex dicebat, si pater vel mater ad secundas nuptias venerint, eos statim relictum usumfructum amittere, quemadmodum antea etiam proprietatem amittebant, illumque statim liberis restituere debere: si vero impuberes forte liberi essent, etiam cum fructibus medii temporis. Id enim legi visum est. Nobis vero hoc non admodum placuit, sed volumus, *si ususfructus, vel ex liberalitate, vel mortis causa donatione datus, vel etiam inter vivos illis casibus, quibus donare licet, relictus fuerit, et, qui eum accepit ad secundas nuptias venerit, ut etiam sic ususfructus maneat, donec superstes fuerit is, qui usumfructum habet, nisi is, qui donationem, uti dictum est, fecit, vel eam reliquit, sive mas sit, sive foemina, expresse dixerit se velle, ut si is, qui usumfructum accepit, ad secundas nuptias transierit, ille amittatur, et ad proprietatem suam revertatur.* Sed haec de iis dicimus, quae ex liberalitate data sunt.

Nach dieser neuesten Verordnung behält also der überlebende Ehegatte den Nießbrauch auch denn, wenn ihm weiter nichts als dieser von dem verstorbenen Ehegatten war hinterlassen worden, wofern nicht der verstorbene Ehegatte ausdrücklich erklärt hat, daß der Ueberlebende auch diesen Nießbrauch verlieren solle, wenn er zur andern Ehe schreiten würde. Jedoch ist eine solche Erklärung ungültig, wenn dem überlebenden Ehegatten blos der Nießbrauch von der dos oder der donatio propter nuptias gegeben worden ist, wie das folgende *Cap.* 33.

sagt: Si tamen *in dotem* vel *donationem propter nuptias* rerum ususfructus datus sit, nihil plane innovamus, sed, quae iam sancita sunt, obtineant, et *quoad vivent, apud eos, qui eum acceperunt, maneat*, etsi vel millies defuncti contrarium velint. *Lucrum enim a lege datum privatus nulla ratione auferre potest.*

Noch ist merkwürdig, was Justinian in eben dieser Novelle in Ansehung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten verordnet hat, wenn er einem Kinde erster Ehe mit den Geschwistern desselben succedirt, und zur andern Ehe schreitet. Indem er nämlich dasjenige wieder aufhebt, was er darüber in der Novelle 2. Kap. 3. mit Aufhebung der ältern Gesetze verordnet hatte, macht er Kap. 46. der Nov. XXII. einen Unterschied, ob das Kind ein Testament gemacht, und darin der Mutter sein Vermögen oder einen Theil desselben hinterlassen hat, oder ob dasselbe ohne Testament verstorben ist. Im ersten Falle soll die Mutter an dem, was ihr hinterlassen worden ist, Eigenthum und Nießbrauch haben, und ihre Wiederverheyrathung soll ihr hier ganz unnachtheilig seyn, das Vermögen des verstorbenen Kindes rühre vom Vater, oder von Andern her. Stirbt aber das Kind ohne Testament, so soll zwar die Mutter, auch wenn sie schon in der zweyten Ehe lebt, mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes ab intestato nach den Köpfen erben, jedoch mit dem Unterschiede, daß sie in Ansehung desjenigen Vermögens, was von dem Vater auf das Kind gekommen ist, nur den Nießbrauch haben, in Ansehung des übrigen Vermögens aber es bey der früheren Constitution sein Bewenden haben solle. Jedoch soll auch dieses neuere

Gesetz nur von solchen Gütern des Kindes gelten, welche nicht zur donatio propter nuptias gehören. Denn in Ansehung derselben verbleibt es bey dem, was Justinian davon in den vorhergehenden Kapiteln dieser Novelle verordnet hat.

Ad aliam hinc vocamur tractationem, sagt Justinian, de liberorum scilicet successione, quam habent, quae secundas nuptias contracturae sunt. Ac de his quidem a nobis iam lata est lex[55]), — qua sancivimus, ut matres ad hereditatem filii, qui liberos non reliquit, cum ipsius defuncti fratribus sine controversia vocentur, ac una cum usufructu etiam proprietatem illius firmiter habeant, sive ante, sive post delatam hereditatem secundas iniverint nuptias, abrogatis per illam legibus, quae de his contrarium statuebant. Atque haec nostra lex, ut etiam nunc in iis solum rata maneat sancimus, quae iam secundum matrimonium contraxerunt. — De his vero, quae imposterum secundas nuptias contrahunt, haec lex nostra disponat, et sanciat. Necesse itaque est, ut proles sive mascula sive foemina moriens, vel testata, vel intestata decedat. Cum igitur de testamentis dixerimus, ad ordinem ab intestato perveniemus.

§. 1. Si igitur filius *legitime testatus* matri substantiam, vel etiam aliquam illius partem reliquerit, hanc ipsa propter scripturam capiat, (quoniam ubivis voluntates defunctorum servari volumus,) *et in eo, quod relictum, vel datum est, tam*

55) *Nov.* 2. *Cap.* 3.

dominium, quam usumfructum habeat. Quemadmodum enim extraneo alicui quid relinquere licebat, nec heredi illius secundae nuptiae quidquam nocebant; ita etiam is, eave, quae matri hereditatem aut legatum relinquit, recte quoad proprietatem et usumfructum relinquet, sive sit ex iis rebus, quae extrinsecus illi obvenerunt, sive etiam ex bonis paternis: nec fratres huic rei contradicere possint.

§. 2. Sin vero filius intestatus moriatur, et mater secundas nuptias iam contraxerit, aut postea contrahat, ipsa quidem cum filii, vel filiae fratribus in capita ab intestato ad illius successionem vocetur. Quaecunque autem *ex paterna substantia* ad filium pervenerunt, *eorum solum usumfructum habeat*, sive ante, sive postea secundas nuptias contraxerit. Ad reliqua vero omnia bona, quae filius *praeter paternam successionem* extrinsecus habebat, veniat secundum constitutionem nostram, quam ipsam quoque correctione aliqua indigere statim dicemus. Atque haec de iis rebus dicimus, *quae sunt extra donationem ante nuptias.* Nam quae a nobis, et insuper *Leonis* piae memoriae constitutione de illis sancita sunt, in quibus sola mater usumfructum habet, illibata servamus.

Warum hier blos der Mutter gedacht wird, und nicht auch des Vaters, hat wohl seinen Grund darin, weil derselbe damals noch kein Intestaterbrecht mit den Geschwistern des verstorbenen Kindes hatte, welches er erst nachher durch die Novelle 118. erhielt. Daß aber das Gesetz nun auch auf den Vater auszudehnen sey, hat keinen Zwei-

fel, nachdem einmal Justinian in dieser Novelle selbst Kap. 23. die allgemeine Regel aufgestellet hat, daß die Folgen der zweyten Ehe auf beyden Seiten gleich seyn sollen. Diese Meinung hat auch den Beyfall der berühmtesten Rechtsgelehrten [55]), so wie die Stimme der Praxis für sich [56]).

Noch ist zu bemerken, daß den Kindern der zweyten Ehe, als Aequivalent für jenen Erwerb der Kinder der ersten Ehe, dasjenige dagegen ausschließlich verbleibt, was der gemeinschaftliche Parens aus dem Vermögen des vor ihm verstorbenen zweyten Ehegatten jedoch nur durch die donatio propter nuptias oder durch das Heyrathsgut lucrirt hat, wenn auch derselbe zu keiner weitern Ehe geschritten ist. Dieses verordneten zuerst die Kaiser Honorius und Theodos *L. 4. C. de secund. nupt.* (vom J. 422.) [57]). Nos enim hac lege id praecipue custodiendum esse decernimus, *ut ex quocunque coniugio suscepti*

55) Außer den ältern Rechtsgelehrten Accursius, Cynus, Salicetus, welche Gentilis de secund. nupt. Cap. 13. pag. 90. anführt, gehören hierher Voet Comm. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 102. *Car. Gottl.* Knorre Diss. de iure coniugis nuptias iterantis in bonis propriis et a priori coniuge quaesitis. *Halae* 1756. Cap. IV. §. 2. Koch Success. ab int. §. 24. pag. 60. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 514. Malblanc Princip. iur. Rom. P. II. Sect. II. §. 625. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 393. u. a. m.

56) S. meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 154. S. 592 f. der neuesten Ausgabe. (Erlangen 1822.)

57) S. Cujacius Recitation. solemn. in Cod. ad L. 4. de secund. nupt.

filii, patrum suorum sponsalitias retineant facultates. Justinian bestätigte diese Verordnung, und erweiterte sie in der Novelle *XXII.* Kap. 29.

Sed neque illud praetermittendum est, quod *Theodosius Iunior* piae memoriae recte constituit, inquiens: *si mulier susceptis liberis secundas nuptias contrahat, eique alii exinde nascantur liberi, deinde secundus etiam maritus moriatur, propria quidem illius bona liberi, qui ex utroque matrimonio suscepti sunt, accipient, et ex aequo, si mater intestata decesserit, divident, utraque vero proles donationem ante nuptias proprii sui parentis capiet.* Et liberi prioris matrimonii donationem illius in solidum lucrabuntur, ex secundis quoque nuptiis nati in solidum liberalitate ab illo profecta fruentur, etsi ad tertium matrimonium non venerit. Quid enim hoc prioribus prosit? aut cur priores liberi secundis invideant, quod et illi tertiis nuptiis laesi non sint? *Et in summa quaelibet proles patris sui donationem propter nuptias accipiat, et cum priores liberi propter secundas nuptias illam accipiant, secundi etiam omnimodo eam habeant, etsi, quae secundo nupsit, ad tertias nuptias non venerit, ne videantur quoad hoc fratribus inferiores esse.* Ex hac vero rerum consequentia idem quoque in *patribus* secundas nuptias ineuntibus obtineat, *et dos lucrata liberis quidem prioris matrimonii propter secundas nuptias, secundis vero liberis ex secundis nuptiis servetur, etsi pater tertium matrimonium non contraxerit.*

§. 1. Reliqua vero, quae pater vel mater ex secundis nuptiis vel per legatum, vel fideicom-

missum lucrati sunt, nec tamen tertias contraxerunt nuptias, haec substantiae eorum commixta, et a tertio matrimonio non concussa, apud ipsos immota maneant, et tanquam propria ad successores eorum perveniant, atque a superstitibus eo, quo voluerint modo, administrentur.

Es erhellet also aus diesen letztern Worten, daß nicht alles Vermögen, was der parens binubus durch die zweyte Ehe lucrirt hat, den Kindern der zweyten Ehe ausschließlich zukommen solle, sondern was der Vater oder die Mutter durch ein Vermächtniß des zweyten Ehegatten, oder sonst, außer der dos oder donatio propter nuptias, aus dem Vermögen desselben erworben hat, soll zu dem gemeinschaftlichen Vermögen gehören, in welches beyder Ehen Kinder zugleich succediren, wenn der parens binubus nicht zur dritten Ehe geschritten ist.

2) Der in der zweyten Ehe lebende Parens, er sey Vater oder Mutter, Großvater oder Großmutter, kann dem andern Ehegatten, der Stiefmutter, oder Großmutter, oder dem Stiefvater oder Großvater der Kinder oder Enkel, weder unter den Lebenden noch von Todeswegen, weder als dos oder donatio propter nuptias, noch unter irgend einem andern Titel, mehr zuwenden, als er einem der Kinder erster Ehe, und zwar, wenn ungleiche Theile gemacht sind, demjenigen Kinde hinterläßt, welches am Wenigsten erhält, wodurch denn aber freylich der Pflichttheil dieses Kindes nicht verkürzt werden darf. Was mehr gegeben worden ist, ist ungültig, und fällt auf die Kinder der ersten Ehe, unter welche es gleichmäßig vertheilt werden soll. So weit geht die merkwürdige Verordnung der Kaiser Leo und Anthemius vom Jahre 469. welche nur

immer nach den Anfangsworten *Lex Hac edictali* angeführt zu werden pflegt. Es ist die *L.* 6. *Cod. de secund. nupt.* folgenden Inhalts [58]).

Hac edictali lege in perpetuum valitura sancimus, si ex priore matrimonio procreatis liberis pater materve ad secunda, vel tertia, aut ulterius repetiti matrimonii vota migraverit: non sit ei licitum, novercae, vel vitrico, testamento, vel sine scriptura, seu codicillis, hereditatis iure, sive le-

58) Diese *L.* 6. *C. de sec. nupt.* ist vorzüglich erläutert worden von *Jac.* Cujacius Recitat. solemn. ad Tit. IX. libri V. Cod. de sec. nupt. h. L. *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. L. 6. pag. 379 sq. *Scip.* Gentilis de secundis nuptiis. Cap. XVI. p. 104 sq. *Conr.* Rittershusius Jur. Justinian. P. IV. Cap. 5. *Rud. Christph.* Henne Diss. de coniuge binubi vel binubae ex bonis huius non plus capiente, quam aliquis liberorum prioris matrimonii minimam portionem accipiens. *Erfordiae* 1749. *Car. Gottl.* Knorre Diss. de iure coniugis nuptias iterantis in bonis propriis et a priori coniuge quaesitis. *Halae* 1756. *Jo. Bernh.* Hoffer Comment. acad. de Lege VI. Hac Edictali Cod. de secundis nuptiis ad Germanorum mores caute applicanda. *Altdorfii* 1759. *Jo. Henr.* Faber Diss. sistens quasdam observationes ad L. Hac edictali 6. Cod. de secund. nupt. *Argentorati* 1761. *Ge. Lud.* Boehmer Diss. de restricta de bonis suis in favorem secundi coniugis disponendi facultate. *Gött.* 1768. (in *Electis iur. civ.* Tom. II. Exercit. XII. pag. 547 sqq.) und Joh. Andr. Lenz Bemerkungen über das Erbrecht des zweyten Ehegatten; besonders in Rücksicht auf den heutigen Gebrauch der L. hac edictali 6. Cod. de secund. nupt. und der Nov. 22. Cap. 27. Tübingen 1781. 8.

gati, sive fideicommissi titulo plus relinquere, nec dotis, aut ante nuptias donationis nomine, seu mortis causa habita donatione, conferre, nec inter vivos conscribendis donationibus, (quae etsi constante matrimonio civili iure interdictae sint, morte tamen donatoris ex certis causis confirmari solent,) quam filio, vel filiae, si unus, vel una extiterit. Quodsi plures liberi fuerint, singulis aequas partes habentibus minime plus, quam ad unumquemque eorum pervenerit, ad eorum liceat vitricum novercamve transferri. Sin autem non aequis portionibus ad eosdem liberos memoratae transierint facultates: tunc quoque non liceat plus eorum novercae, vel vitrico, testamento relinquere, vel donare, seu dotis, vel ante nuptias donationis titulo conferre, quam filius, vel filia habet, cui minor portio ultima voluntate derelicta, vel data fuerit, aut donata: ita tamen, ut quarta pars, quae eisdem liberis debetur ex legibus, nullo modo minuatur, nisi ex his causis, quae de inofficioso excludunt querelam. Quam observationem in personis etiam avi, vel aviae, proavi et proaviae, nepotum, vel neptium, item pronepotum et proneptium, sive in potestate, sive emancipati emancipataeve sint, ex paterna, vel materna linea venientibus, custodiri censemus. Sin vero plus, quam statutum est, aliquid novercae, vel vitrico relictum, vel donatum, aut datum fuerit, id quod plus relictum, vel donatum, aut datum fuerit, tanquam non scriptum, neque derelictum, vel donatum aut datum sit, ad personas deferri liberorum, et inter eas dividi iubemus: omni circum-

scriptione, si qua per interpositam personam, vel alio quocunque modo fuerit excogitata, cessante.

In eben diesem Gesetz, wird auch noch, um den Kindern der erstern Ehe die lucra nuptialia zu sichern, §. 1. u. 2. folgende Vorsicht getroffen, wenn die Mutter zur zweyten Ehe schreitet. Es soll nämlich darauf ankommen, ob die lucra nuptialia in Immobilien, Sclaven, oder auch Renten (annonae civiles)[59] bestehen; hier soll sie die

59) Die *annonae civiles*, von deren usus fructus in dem §. 1. *Legis* 6. die Rede ist, welche auch *annonae civicae* genannt werden, waren eine Gerechtigkeit, welche auf gewissen Häusern in den beyden Residenzstädten der römischen Kaiser, Rom und Constantinopel, ruhete, vermöge welcher den Besitzern derselben zu gewissen Zeiten öffentlich eine gewisse Anzahl von Broden von den dazu bestimmten Bäckern, welche mancipes hießen, (*L.* 18. *C. Theod. de pistoribus. L.* 2. *et* 3. *Cod. Th. de frumento urb. Constantinopol. L.* 4. *C. Th. de executorib.*) täglich und unentgeldlich ausgetheilt wurde. Dieses Privilegium führte zuerst der Kaiser Constantin der Große ein, um die Bürger dadurch zur Erbauung neuer Häuser aufzumuntern. Es wurde nachher noch vom K. Theodos dem Großen erweitert. *L.* 9. 10. 11. *et* 12. *Cod. Theod. de annonis civic.* Es ruhete aber blos auf Häusern, und konnte davon nicht getrennt werden. *L.* 1. 5. 11. 12. *et* 13. *Cod. Theod. de annonis civicis.* (XIV. 17.) Daher wird diese Gerechtigkeit in *L.* 2. *Cod. Theod. de frum. urbis Constantinop.* annona in pane cocto *domibus* exhibenda, und die annonae werden panes aedium, aedificiorum panes genennt. *L.* 1. *L.* 5. *C. Th. de annonis civic.* Hieraus erklärt sich, warum die annonae civiles in unserer L. 6. zu den unbeweglichen Sachen gezählt werden. S. *Jac.*

Sachen in Händen behalten, und so lange sie lebt, benutzen, aber ohne Veräußerungsrecht. Bestehen aber die lucra in andern beweglichen Sachen, so sollen sie durch verpflichtete Taxatoren, welche jeder Theil vorschlagen kann, geschätzt, und der Mutter dafür überlassen werden, wenn sie Bürgen stellt, daß sie dieselben oder ihren Werth den überlebenden Kindern oder Enkeln restituiren werde. Stellt sie diese Bürgschaft nicht, so können die Kinder den Besitz dieser Sachen verlangen, wenn sie der Mutter Zinsen zu vier Procent, und das Vermögen selbst auf den Fall, daß sie alle vor ihr versterben sollten, durch Caution sichern. Können aber oder wollen beyde Theile keine Bürgen stellen, so kommen oder bleiben die lucra nuptialia in den Händen der Mutter, so lange sie lebt, und dieß um so mehr, da ihr Vermögen von dem Augenblick an, wo sie in den Besitz dieser Sachen gekommen ist, dafür ihren Kindern verpfändet seyn soll.

Cujacius Recitat. solemn. in §. 1. L. 6. Cod. Just. de secund. nupt. und *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 2. Cod. Th. de frum. urb. Constant. Tom. V. *Cod. Theodos.* pag. 262. edit. *Ritter.* Zur Vertheilung dieser Brode waren an mehreren Orten der Stadt gewisse mit Stufen versehene erhabene Plätze bestimmt, damit kein Unterschleif vorgehen möchte. Diese Plätze hießen gradus, und davon wurde diese kaiserliche Wohlthat selbst panis gradilis genennt. *L.* 2. 3. 4. 5. 6. *Cod. Th. de annonis civicis et pane gradili.* S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad L. 2. Cod. Theod. de ann. civ. Tom. V. pag. 267. sqq. Die Austheilung des Brods geschahe unter öffentlicher Aufsicht des Praefecti urbis, und Praefecti annonae. L. 1. 2. 3. 6. 7. 8. 9. 10. 11. et 12. C. Th. eodem.

Justinian hat diese Verordnung zum Theil bestätiget, zum Theil noch näher bestimmt nämlich in der Novelle *II.* Kap. 4. und Nov. *XXII.* Kap. 27. und 28. Die erstere betrifft den letztern Theil unsers Gesetzes, die letztere aber den ersten Theil desselben. In dem Kap. 27. wiederholt Justinian die Constitution des Kaisers Leo jedoch mit beygefügten näheren Bestimmungen.

Optime vero divae memoriae Leo, quae ad donationes pertinent, quas in secundas nuptias conferunt, qui eas contrahunt, nobis considerasse videtur. Dicit enim, si ex priore matrimonio parentes habeant liberos, deinde secundum vel sequens matrimonium ineant, quod neque patres in novercam, nec matres in vitricum quamcunque liberalitatem inter vivos conferre, vel mortis causa quid relinquere possint, nisi tantum, quantum unus filius aut filia, si solus sit, a parente habet. Si vero plures sint liberi, et singuli aequalem habeant partem, vitricus vel noverca non plus accipiant, quam ad singulos pervenit. Sin autem inaequalia sint ea, quae relicta sunt, necesse sit, ut ad novercam vel vitricum ex quacunque liberalitate parentis tantum veniat, quantum filius, qui *minimum* habet, (ὁ τὸ ἐλάχιστον [60]) ἔχων) ex bonis illius vel ultima voluntate relictum, vel etiam inter vivos datum capit: scilicet veteri illa quarta, *nunc vero tertia, vel dimidia parte, secundum legem nostram liberis omnino relinquenda aut*

60) So haben die *Basilica* Tom. IV. pag. 463. und dieß ist allerdings richtiger, als ὁ τὸ ἔλαττον bey Haloander.

danda[61]), nisi rursus ingratitudinis ratio obstet[62]): eodemque observando in avo et avia, proavo et proavia atque nepotibus masculis et foeminis itemque pronepotibus, sive forte sub potestate, sive emancipati sint, et ex paterna vel materna linea descendant. Cumque hoc definiisset, recte intulit, ut id, *quod ultra illum modum*[63]), *vel novercae, vel vitrico relictum aut datum est*, quasi neque scriptum, neque relictum, neque datum aut donatum sit, *liberis competat, atque inter hos solos ex aequo dividatur.* Nam quod liberi etiam ex secundo matrimonio suscepti, partem ex his capere debeant, id quidem in constitutione quadam scriptum est[64]), nobis tamen iam non placet: sed liberis ex priori matrimonio natis, propter quos etiam id observabatur, solis detur, nullaque machinatio, neque per suppositas personas, neque ex alia causa adhibeatur. Id vero quod redundat, liberi, qui erga parentes se gratos praebuerunt, inter se divident: non qui erga eos ingrati pro-

61) Die Worte η διδομένης ſtehen in den Baſiliken nicht, und muſten nothwendig weggelaſſen werden, weil nach der neuern *Nov.* 115. Cap. 3. der Pflichttheil den Kindern anders nicht, als erbrechtlich hinterlaſſen werden kann.

62) Haloander ἐναντιῷτο. *Basilica* ἐναντιώσει.

63) Sowohl die *Basilica* T. IV. pag. 464. als Haloander haben τοῦτο πλέον. Hombergk hält dieſe Leſeart für fehlerhaft, und ſubſtituirt: το πλεῖον τοῦ etc.

64) Juſtinian meint hier ſeine eigne Conſtitution, nämlich die *L.* 9. *pr. Cod. de secund. nupt.* welche er hier wieder aufhebt.

bantur, et eiusmodi ingratitudinis rei sunt, quam leges requirunt. Tales enim etiam lucro illo privamus, ne forte spe adquirendae possessionis illius affulgente, contra parentes veniant, et animo efferantur, atque naturae leges violent [65]). Manifestum vero est, hoc quoque casu, si quis eorum, ad quos id, quod redundat, deferebatur, liberis existentibus moriatur, quod liberi defuncti, pro numero quidem illorum, attamen pro defuncti portione id capient.

Zur Erläuterung dieser merkwürdigen Verordnung bemerke ich Folgendes.

I. Die Verordnung geht jeden überlebenden Ehegatten an, wenn er sich in eine neue Ehe begiebt, sie sey die zweyte oder dritte, und Kinder aus der vorigen Ehe hat. Sind keine Kinder vorhanden, so kann er dem neuen Ehegatten soviel von seinem Vermögen zuwenden, als er will. Denn sie gereicht blos den Kindern der vorigen Ehe zum Vortheil. Der in der zweyten oder wiederholten Ehe lebende Ehegatte kann also der überlebende Vater oder die Mutter seyn. Ja es kann auch ein entfernterer Ascendent seyn, es kann der Großvater oder die Großmutter, der Urgroßvater oder die Urgroßmutter seyn. Eben so werden unter den Kindern der vorigen Ehe alle Descendenten verstanden, ohne Unterschied des Grades und Geschlechts, also nicht blos Söhne und Töchter, sondern auch Enkel und Enkelinnen, Urenkel und Urenkelinnen. Es ist auch in Ansehung derselben kein Unterschied, sie mögen aus einer oder mehreren

65) Eben dieses hatte Justinian auch schon in einer früheren Verordnung, nämlich *L.* 10. *Cod. de secund. napt.* bestimmt.

vorigen Ehen von dem sich wieder verheyrathenden Ehegatten erzeugt seyn, sie mögen noch in der väterlichen Gewalt, oder aus derselben befreyt seyn, mögen von der väterlichen oder mütterlichen Linie abstammen.

II. Die Tendenz der vom Kaiser Justinian bestätigten Verordnung des Kaisers Leo besteht in der Beschränkung der Freygebigkeit des in der zweyten Ehe lebenden Ascendenten gegen den neuen Ehegatten, aus heilsamer Vorsorge für die Kinder der vorigen Ehe, um dadurch zu verhüten, daß kein Ehegatte, welcher in der zweyten Ehe lebt, aus zu großer Anhänglichkeit für seinen neuen Ehegatten, zum Nachtheil seiner Kinder erster Ehe, über sein Vermögen Etwas verfügen möge. Schon Gajus [66]) erkannte die Nothwendigkeit einer solchen Einschränkung, in Beziehung auf letzte Willensverordnungen, welche wegen der gefährlichen Schmeicheleyen der Stiefmütter, wodurch sie insgemein die Väter gegen ihre leiblichen Kinder einzunehmen pflegen, nicht selten zum Nachtheil der letztern ausfallen, wenn er sagt: Non est consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne *cirsa sanguinem suum* inferentes iudicium, *novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti.* Die Einschränkung, welche das Gesetz dem Dispositionsrechte des in der zweyten Ehe lebenden Ascendenten über sein Vermögen vorschreibt, besteht nun im Allgemeinen darin, daß er dem neuen Ehegatten auf keine Weise, weder unter den Lebenden, noch von Todes wegen, es sey, unter welchem Titel es wolle, mehr zuwenden oder hinterlassen kann, als einem Kinde der vorigen Ehe, und, wenn mehrere solcher Kinder vor-

66) *L.* 4. *D. de inoff. testam.*

handen sind, der Stiefparens mehr nicht erhalten soll, als das Kind, welches am wenigsten bekommt. Das Maximum, welches dem Stiefparens zugewendet werden kann, wird also nach demjenigen bestimmt, und abgemeßen, was ein Kind der vorigen Ehe aus dem Vermögen seines Vaters, oder seiner Mutter erhält. Das Gesetz giebt nun drey Fälle an. a) Es ist nur ein Kind aus voriger Ehe vorhanden. Hier kann der Stiefvater, oder die Stiefmutter nicht mehr bekommen, als diesem Kinde hinterlassen worden ist. b) Es sind mehrere Kinder aus voriger Ehe da, welche alle einen gleichen Theil aus dem Vermögen ihres Vaters oder ihrer Mutter erhalten. Hier kann der Stiefparens nicht mehr, als einen Kindestheil, bekommen. c) Den Kindern der vorigen Ehe sind ungleiche Theile ausgesetzt. Hier bestimmt die *minor portio* des Kindes, wieviel dem Stiefparens hinterlassen werden kann. Diese geringere Portion ist nun aber nicht nach der willkühlichen Bestimmung des über sein Vermögen verfügenden Parens, sondern nach der Größe des dem Kinde gebührenden Pflichttheils zu berechnen, weil die Eltern den Kindern nicht Weniger hinterlassen können. Beyde angeführten Gesetze sagen dieses auch ausdrücklich, nur daß K. Leo die Größe des Pflichttheils noch nach dem ältern Recht, Justinian aber dieselbe nach seiner neuern Constitution [67]) bestimmt. Es treten denn auch hier die Grundsätze von der Berechnung des Pflichttheils ein, welche bey den Enkeln, wie schon an einem andern Orte [68]) ausge-

67) *Nov. XVIII. Cap.* 1.

68) S. den 7. Th. dieses Commentars §. 544. S. 60 ff. Man vergleiche auch *Jo.* Voet Comment. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 134.

führt worden ist, nicht nach den Köpfen, sondern nach den Stämmen berechnet wird, wenn auch die Enkel nur von einem einzigen Sohne der ersten Ehe wären hinterlassen, und diese in ungleichen Theilen wären eingesetzt worden [69]. Es lassen sich nun hier zwey Fälle gedenken. *α)* Der Theil des Kindes, welches am Wenigsten erhält, beträgt wenigstens soviel, als der Pflichttheil desselben. Hier kann der Stiefparens nicht mehr, als eine gleiche Portion, verlangen. *β)* Er beträgt weniger. Hier kann der Stiefparens von dem, was ihm hinterlassen worden ist, wenigstens soviel mit Recht verlangen, als der dem Kinde gebührende Pflichttheil beträgt, wenn sich auch das Kind mit der ihm ausgesetzten geringeren Portion begnügen lassen wollte. Denn das Kind kann dadurch dem Rechte seines Stiefparens nichts vergeben [70].

III. Die Portion des Stiefparens ist aus der ganzen Vermögens-Masse des parens binubus zu bestimmen, und es ist ein Irrthum, wenn mehrere ältere Rechtsgelehrten [71] behauptet haben, die Kinder der erstern Ehe könnten zuvor den Pflichttheil abziehen [72]. Nur wenn eins dieser

69) Anderer Meinung ist zwar *Ge. Lud.* Boehmer cit. Diss. §. 7. in fin. Allein man sehe meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 35. S. 129 ff.

70) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 130. Boehmer cit. Diss. §. 7. Lenz angef. Bemerkungen §. 8.

71) Fachinaeus Controversiar. iur. Lib. III. cap. 70. Menochius Consil. LXXVI. nr. 13. Socinus Consil. XXXV. Vol. IV. denen auch Faber cit. Diss. Beyfall giebt.

72) S. Gentilis de secundis nupt. Cap. 16. pag. 113 sq. und Voet Comm. c. l. §. 127.

Kinder im Pflichttheile verletzt worden ist, muß solcher aus dem Nachlasse ergänzt werden [73]). Außerdem soll durch die Vorsicht des Gesetzes nur verhütet werden, daß der Stiefparens nicht mehr erhalte, als ein Kind der ersten Ehe.

IV. In die dem Stiefparens nach dem Gesetz zukommende Portion wird nun aber nur dasjenige eingerechnet, was derselbe blos durch die Freygebigkeit des verstorbenen Ehegatten erhalten hat, es sey durch eine Disposition unter den Lebenden, oder durch eine letzte Willensverordnung. Ob der Verstorbene sein Vermögen in der vorigen, oder erst in der letzten Ehe erworben hat, darauf kommt nichts an [74]). Genug, wenn es sein eigenes Vermögen ist, und die Uebertragung auf den Stiefparens durch eine Handlung der Freygebigkeit geschieht. Was also der zweyte Ehegatte nicht durch einen lucrativen, sondern onerösen Titel von dem verstorbenen bekommen hat, ist dieser Einrechnung nicht unterworfen [75]). Es darf nur nicht etwa unter einem onerösen Scheintitel eine Freygebigkeit in fraudem legis versteckt seyn. Dergleichen Betrug soll hier durchaus nicht Statt finden [76]). Was der Stiefparens durch die Freygebigkeit eines Dritten, wenn gleich aus den Händen seines Ehegatten, erhielt, gehört auch nicht hierher. Z. B. wenn ein Dritter den Vater zum Erben einsetzte, aber unter der Bedingung, daß nach dem Tode desselben die Erbschaft an

73) Voet c. l. §. 111.

74) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 9.

75) Rittershusius Jur. Justinian. P. IV. Cap. 5. nr. 5.

76) Gentilis c. l. Cap. 16. pag. 110. Lenz angef. Bemerkungen. §. 10. Knorre cit. Diss. Cap. II. §. 5 et 6.

den zweyten Ehegatten fallen solle, so können die Kinder eine solche Freygebigkeit nicht anfechten [77]). Und eben so wenig ist derjenige Erbtheil der Einschränkung des Gesetzes unterworfen, welchen der zweyte Ehegatte zwar aus dem Vermögen des Verstorbenen, aber nicht durch die Freygebigkeit desselben, sondern vermöge der Verordnung des statutarischen Rechts erhält [78]).

V. Da das Gesetz blos die Freygebigkeit des überlebenden Ehegatten gegen den zweyten beschränkt, so bleibt demselben unverwehrt, dritten Personen aus seinem Vermögen zu hinterlassen, soviel er will, wenn nur den Kindern der erstern Ehe der Pflichttheil übrig bleibt, und die dritte Person nicht in fraudem legis gebraucht worden ist, um mittelst derselben dem Stiefparens durch ein tacitum fideicommissum zu verschaffen, was das Gesetz ihm zu geben nicht erlaubt [79]). Dieses wird nun zwar nicht vermuthet, wenn der verstorbene Parens den Kindern der zweyten Ehe mehr hinterläßt, als denen der erstern Ehe; denn hier schließt die natürliche Zuneigung gegen diese Kinder allen Verdacht eines Betrugs aus. Hat aber der verstorbene Parens eine solche Freygebigkeit gegen ein Stiefkind bewiesen, so wollen viele [80]) eine solche Zuwendung als in fraudem legis geschehen betrachten, weil

77) S. Boehmer cit. Diss. §. 16.

78) S. Voet c.l. §. 122. Boehmer cit. Diss. §. 16. in fin. et §. 18. und Knorre Diss. cit. Cap. III. §. 8.

79) Boehmer cit. Diss. §. 9.

80) *Iac.* Cujacius Recitat. ad L. 6. pr. Cod. de secund. nupt. *Scip.* Gentilis c. l. pag. 115 sq. Leeuwen Censura for. P. I. Lib. III. Cap. IV. nr. 49.

hier jener Grund der Zuneigung wegfalle. Allein da bey einer Handlung, welche an sich den Gesetzen nicht entgegen ist, eine rechtswidrige Intention nie vermuthet werden kann; so würde wohl, nach der richtigern Meinung des Voet [81]), den Kindern der erstern Ehe, welche eine solche Disposition anfechten, der Beweis aufzulegen seyn, daß sie in fraudem legis geschehen sey [82]).

VI. Hat der in der zweyten Ehe lebende Parens die ihm in dem Gesetz vorgezeichneten Gränzen durch irgend eine Disposition überschritten; so ist deswegen nicht die ganze Disposition ungültig, sondern nur das, was mehr gegeben worden ist, ist als nicht geschrieben anzusehen. Dieser Ueberschuß kommt aber nur den Kindern der vorigen Ehe, und wenn Kinder aus mehreren vorigen Ehen vorhanden sind, diesen allen zu gute, nicht den Kindern der letzten Ehe [83]). Zwar hatte K. Justinian die Constitution des Kaisers Leo hierin abgeändert, und verordnet, daß auch diejenigen Kinder, welche in der letzten Ehe wären erzeugt worden, an diesem Ueberschuße Antheil nehmen sollten, wie aus *L.* 9. *Cod. de secund. nupt.* erhellet. Allein in der Nov. *XXII.* Kap. 27. in welcher er die Constitution des Kaisers Leo mit vielem Lobe bestätiget, hat er

81) Comm. ad Pand. c. l. §. 117. Man vergleiche hier auch noch vorzüglich Lenz angeführte Bemerkungen über das Erbrecht des zweyten Ehegatten. §. 14. u. 15.

82) Arg. *L.* 14. §. 5. *D. Qui et a quibus manumissi.* Vergl. Weber's syst. Entwick. der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 63. S. 217.

83) Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 110. Cujacius Recitat. ad L. 6. Cod. de sec. nupt. Knorre cit. Diss. Cap. II. §. 9 et 10. Boehmer cit. Diss. §. 14.

dieselbe auch in diesem Puncte wieder hergestellt, so daß nun dasjenige, was dem Stiefparens mehr gegeben oder hinterlassen worden ist, als das Gesetz erlaubt, blos unter die Kinder der vorigen Ehe oder Ehen vertheilt werden soll, welches auch darin seinen ganz vernünftigen Grund hat, weil ja um ihrer willen der Ueberschuß dem Stiefparens entzogen wird [84]. Diese Kinder haben aber 1) alle an diesem Ueberschuße ein völlig gleiches Recht. Die Vertheilung darf daher nicht nach dem Verhältniß der etwa jedem Kinde besonders ausgesetzten Erbtheile, sondern sie muß nach der Zahl der Personen geschehen, so daß die Kinder alle einen gleichen Theil von diesem Ueberschuße erhalten [85]. Jedoch treten hier, wie bey der Erbfolge, die Enkel eines verstorbenen Kindes in die Stelle ihres verstorbenen Vaters oder Mutter, und werden daher nur als eine Person, als ein Stamm angesehen [86]. 2) Die Kinder müssen sich jedoch nicht durch Undankbarkeit der gesetzlichen Wohlthat unwürdig gemacht haben. Es werden aber solche Ursachen erfordert, weshalb die Kinder nach den Gesetzen die Enterbung verdient haben. Daß sie wirklich müßten enterbt worden seyn, ist nicht nöthig, sondern es ist genug, wenn nur dergleichen Ursachen der Enterbung erwiesen werden können. Ist dieser Beweis geführt, so schließt schon das Gesetz die undankbaren Kinder aus [87].

84) S. *Hub.* Giphanius Explanat. cit. ad L. 6. C. de secund. nupt. pag. 382.

85) Rittershusius Jur. Justinian. P. IV. Cap. 5. nr. 15. Knorre Diss. cit. Cap. II. §. 11.

86) Voet c. l. §. 110.

87) Boehmer Diss. cit. de restricta de bonis suis in favor. sec. coniug. dispon. fac. §. 12. Gentilis. Cap. 17.

3) Fällt eins dieser Kinder aus, entweder weil es sich durch Undankbarkeit seines Rechts verlustig gemacht, oder weil es sich desselben begeben hat, so accrescirt sein Antheil blos den übrigen Kindern [88]. Der Stiefparens hat davon keinen Vortheil, wenn auch das Kind, von deßen vakanten Antheile die Rede ist, zu Gunsten des Stiefparens auf diese Rechtswohlthat Verzicht gethan hätte. Denn ein solcher Verzicht kann den übrigen Kindern und Geschwistern zu keinem Nachtheil gereichen, da das Gesetz ausdrücklich sagt, daß der Ueberschuß den Kindern der vorigen Ehe ausschließlich zukommen solle. Wie könnte also dem Stiefparens ein Accrescenzrecht an einem Antheile zustehen, den ihm das Gesetz entzogen hat [89]? Es würde dieses auch schon die allgemeine Natur des Accrescenzrechts mit sich bringen, vermöge welcher die vakante Portion der Person des Erben, und nicht der Erbschaft accrescirt [90]. Ist ein Kind ohne rechtmäßige Ursach enterbt; so kann es dem zum Erben eingesetzten Stiefparens mittelst der querela inofficiosi testamenti alles entziehen, was demselben hinterlassen worden ist [91].

VII. Bey der Berechnung, ob dem Stiefparens mehr zugewendet worden sey, als ihm nach dem Gesetz gebührt; ist die Frage besonders wichtig, auf welche Zeit gesehen werden müße, um diese Portion in Rücksicht auf das Ver-

88) Arg. *L.* 23. §. 2. *D. de inoff. testam.* et *L. un. Cod. Quando non petentium partes petentib. accresc.*

89) Boehmer cit. Diss. §. 14. Lenz angef. Bemerkungen. §. 12. S. 62.

90) S. *Ern. Christ.* Westphal Diss. de iure accrescendi inter coheredes. (*Halae* 1761.) Cap. I. §. 5. nr. V.

91) Voet c. l. §. 131.

mögen des verstorbenen Ehegatten richtig zu bestimmen? Denn da sowohl das Vermögen mancherley Zufällen unterworfen ist, und eben sowohl eine Verminderung erleiden, als einen Zuwachs erhalten kann, mithin das Vermögen, welches der parens binubus nach seinem Tode hinterläßt, von ganz anderer Beschaffenheit seyn kann, als es zur Zeit der wiederholten Ehe, oder der errichteten Schenkung war; da ferner auch die Zahl der Kinder der vorigen Ehe zur Zeit des Todes des verstorbenen Ehegatten sich vermindert, aber auch durch die in der neuen Ehe gezeugten Kinder, auf die doch bey der Berechnung des Pflichttheils der Kinder der vorigen Ehe ebenfalls Rücksicht zu nehmen ist, einen Zuwachs erhalten haben kann; so ist einleuchtend, daß die Zeit, nach welcher der Zustand des Vermögens des verstorbenen Ehegatten zu bestimmen ist, auf die Berechnung der dem überlebenden Stiefparens gebührenden Portion einen großen Einfluß haben müße. Justinian sahe dieses selbst deutlich ein, und berichtigte diesen Punct, den der Kr. Leo unbestimmt gelassen hatte, indem er in dem folgenden Kap. 28. der Nov. *XXII.* noch verordnete, daß bey der Berechnung der dem Stiefparens ausgesetzten Portion auf die Zeit des Todes des verstorbenen Ehegatten gesehen, und dieselbe ganz nach dem Zustande, in welchem sich das Vermögen bey seinem Tode befindet, beurtheilt werden solle [92]. Die hierher gehörigen Worte sind.

Quoniam vero legibus hactenus latis definitum non est, quando id, *quod excedit*, spectari debeat,

92) Cujacius Exposit. Nov. XXII. Verb. *Secundum genus* Rittershusius Jur. Justin. P. IV. Cap. 5. nr. 6. Voet Comm. h. t. §. 128. Boehmer cit. Diss. §. 10. Lenz Bemerkungen §. 11.

an tempore donationis, an vero soluti matrimonii, optimum nobis visum est, *ut tempus mortis parentis, qui secundas nuptias contraxit, spectetur.* Scribunt enim homines plura, quam habent, scribunt vero et pauciora: incidentes autem casus contrarios ut plurimum eventus producunt. *Quare ne in iis erremus, illud tempus spectandum est, quo is, qui secundas nuptias contraxit, moritur, indeque proportio sumenda, et secundum ea, quod excedit, iudicandum, detrahendum, liberisque tribuendum est.* Atque in iis omnibus non datio aut scriptura ab initio facta consideretur, sed eventus, uti vocatur, inspiciatur.

Es erhellet zugleich hieraus, daß das Gesetz nur von einer solchen Freygebigkeit gegen den neuen Ehegatten verstanden werden könne, welche a u f d i e Z e i t d e s T o d e s geschieht, sie werde übrigens unter einem Titel ausgeübt, unter welchem sie wolle, z. B. durch Erbeinsetzung, Vermächtniß, Fideicommiß, Schenkung von Todes wegen, oder auch Schenkung unter Lebenden, welche sonst durch den Tod des Schenkenden unter Ehegatten eine unwiederrufliche Gültigkeit erhält, nach unserm Gesetz aber auch durch den Tod nicht bekräftiget wird, insoweit sie, zum Nachtheil der Kinder der vorigen Ehe, das gesetzliche Maas überschreitet, wie der Kaiser L e o in seiner Constitution selbst sagt. Es ist auch gleichviel, ob die Freygebigkeit die Proprietät, oder blos den Nießbrauch von gewissen Gütern[93]), ob sie das Heyrathsgut oder die donatio propter nuptias betrifft. Eine solche Freyge=

93) Voet Comm. h. t. §. 120. und Faber Observat. cit. ad L. 6. C. §. XV.

bigkeit hingegen, die sich blos auf einen Genuß beschränkt, den der verstorbene Parens seinem neuen Ehegatten auf die Dauer seines Lebens von seinem Vermögen gestattet hatte, kommt hier in keine Betrachtung [94].

Es folgt hieraus weiter, daß auch den Kindern der vorigen Ehe nicht eher ein Recht zusteht, die von ihrem verstorbenen Parens zu Gunsten des Stiefvaters oder der Stiefmutter gemachte Disposition, als gesetzwidrig anzufechten, als nach dem Tode desselben [95]. Denn wie kann die Portion des Stiefparens, nach dem Verhältniß des Pflichttheils desjenigen Kindes, welches unter den übrigen am Wenigsten erhält, bestimmt werden, wenn der parens binubus noch lebt, welcher die nachtheilige Disposition über sein Vermögen gemacht hat, da der Pflichttheil bekanntlich nicht anders, als nach dem Zustande des Vermögens, wie solcher zur Zeit des Todes des Erblassers beschaffen war, berechnet werden kann [96]? Ueberdem aber kann man ja auch erst bey dem Tode des parens binubus wissen, ob noch Kinder voriger Ehe, und wie viel derselben, vorhanden sind. Denn nach dem Verhältniß derselben ist ja die Portion des Stiefparens zu berechnen. Wären nun zufällig zur Zeit des Todes des parens binubus keine Kinder aus der vorigen Ehe mehr vorhanden, so würde ja die Anwendung des Gesetzes ohnehin wegfallen [97].

94) Boehmer cit. Diss. §. 8.

95) Boehmer §. 12.

96) S. den 7. Th. dieses Commentars. §. 547. S. 94.

97) Lenz Bemerkungen. §. 11. S. 56 ff.

VIII. Die bisher erklärten poenae secundarum nuptiarum, welche das Beste der Kinder der erstern Ehe betreffen, fallen überhaupt weg, 1) wenn diese Kinder von ihrem verstorbenen Parens rechtmäßig enterbt worden sind. Denn sämmtliche Gesetze machen es zur Bedingung, daß sich die Kinder nicht durch eine der Enterbung würdige Undankbarkeit der gesetzlichen Wohlthat unwürdig gemacht haben müssen [98]. 2) Wenn sie sich dieser Wohlthat begeben haben, vorausgesetzt, daß sie die dazu erforderliche Rechtsfähigkeit hatten, und die Verzichtleistung auf eine rechtsgültige Art geschehen ist; sie mag übrigens ausdrücklich, oder stillschweigend, durch Anerkennung des elterlichen Testaments, oder unverweigerte Auszahlung der dem Stiefparens ausgesetzten Portion geschehen [99]. Keineswegs aber kann sie daraus gefolgert werden, daß die Kinder in die Wiederverheyrathung ihres Vaters oder ihrer Mutter ausdrücklich einwilligten. Denn da sie dieselben ohnehin zu verhindern nicht vermochten, und überdem ein Rechtsverzicht im Zweifel nicht vermuthet wird; hier aber um so weniger vermuthet werden kann, da das Recht zur Zeit der eingegangenen zweyten Ehe noch nicht einmahl vorhanden war; so ist eine solche Einwilligung der Kinder eben so wirkungslos, als wenn der verstorbene Gatte erster Ehe selbst dem überlebenden diese Erlaubniß ertheilt hätte [100].

98) *L.* 10. *C. de sec. nupt. Nov. XXII. cap.* 26 *et* 27. Rittershusius Jur. Just. P. IV. Cap. 4. nr. 22. Voet Comm. h. t. §. 131.

99) Boehmer cit. Diss. §. 15. Voet h. t. §. 138 a. E.

100) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCC. medit. 12. Huber Praelect. ad Pand. h. t. §. 11. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iur. univ. Tom. I. Obs. 24. Lenz Bemerkungen §. 13. und Voet c. l.

3) Nach dem deutschen Rechte ist auch die dem überlebenden Ehegatten gebührende statutarische Portion eben so wenig, als dasjenige Vermögen, was er vermöge der Gütergemeinschaft nach den Landesgesetzen erhält, den sogenannten poenis secundarum nuptiarum unterworfen [1]. Denn diese Institute beruhen auf eigenthümlichen Grundsätzen des deutschen Rechts [2], worauf sich die römischen Gesetze nicht anwenden lassen, ohne eine offenbare Verwirrung zu veranlassen [3]. Es können indessen nach den besondern Rechten eines Landes Ausnahmen Statt finden [4]. Außerdem ist die heutige Anwendbarkeit jener Vorschriften des römischen Rechts keinem gegründeten Zweifel unterworfen. Denn auch die Deutschen waren der zweyten

1) S. *Tob. Jac.* Reinharth select. Observation. ad *Christinaei* Decision. Vol. I. Obs. 73. *Ge. Henr.* Ayrer Commentat. de portione coniugum statutaria poenis secundarum nuptiarum haud obnoxia. *Goett.* 1756. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 520. Schott Einleitung in das Eherecht. §. 240. und Lenz Bemerkungen. §. 17 ff.

2) Boehmer cit. Diss. §. 18 et 19. Phil. Carl Scherer Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. §. 147. u. 148. Joh. Wilh. Neuß Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft. §. 75 — 80.

3) S. Weber's Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung. S. 59 f.

4) S. *Aug. Ad.* Hennings Diss. de usu et applicatione L. 6. C. de sec. nupt. recepta communione bonorum praesert. secund. iura Holsat *Goett.* 1766. Jo. Andr. Hofmann's Handbuch des deutschen Eherechts. §. 323. a. E. S. 728. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 612. Nr. VII. S. 60 f.

Ehe nicht hold, vorzüglich wenn Kinder aus der vorhergehenden Ehe vorhanden waren [5]). Dahin deuten die bekannten Sprüchwörter: Wer eine Stiefmutter hat, der hat auch einen Stiefvater. Ein Stiefvater, eine Stiefmutter. Wenn die Henne zum Hahn kommt, so vergißt sie ihre Jungen [6]). Der Grund der Vorsorge für die Kinder der ersten Ehe, und Verhütung nachtheiliger Verfügungen zu Gunsten des Stiefparens ist auch in Deutschland noch immer der nämliche [7]). Selbst in den Ländern, in welchen die Gütergemeinschaft unter den Ehegatten gesetzlich eingeführt ist, und wo daher jene Vorschrifen des Röm. Rechts keine Anwendung finden, zieht dennoch die Wiederverheyrathung des überlebenden Ehegatten die für ihn nachtheilige Folge der Abtheilung des Sammtvermögens mit seinen Kindern nach sich, welche man die Abschichtung zu nennen pflegt, wozu der zur andern Ehe schreitende Parens auf Verlangen der Kinder von Rechts wegen angehalten werden kann [8]). Der heu-

5) S. *E. A.* Alssen Diss. de eo quod hodie iuris est circa poenas secund. nuptiis scriptas §. 13 — 16. Carl Gottl. Knorre rechtliche Anmerkungen Nr. XV. §. 9. S. 247. Hofmann Handb. des d. Eherechts. §. 320.

6) S. Joh. Fried. Eisenhart's Grundſ. der deutsch. Rechte in Sprüchwörtern. S. 162 — 166.

7) Reinharth Observat. sel. ad Christin. Decis. Vol. I. Obs. 72. Knorre Diss. cit. Cap. III. Boehmer Diss. cit. §. 17. Lenz Bemerkungen. §. 16. Leyser c. l. Spec. CCC. medit. 3 et 4. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 520. Runde Grundſ. des deutsch. Privatrechts §. 612.

8) Lange Rechtslehre von der Gemeinschaft der Güter unter den teutsch. Eheleuten. 8. Hauptst. §. 7. Klöntrup

tige Gebrauch der Verordnungen des Röm. Rechts in solchen Ländern, wo Gütergemeinschaft nicht eingeführt ist, wird nicht nur durch die Menge von Rechtssprüchen, welche wir davon in den Schriften der practischen Rechtsgelehrten finden, außer Zweifel gesetzt, sondern ist auch in vielen deutschen Provinzial- und Statutarischen Rechten ausdrücklich bestätigt 9). Sie finden auch unstreitig bey den Erbverträgen und wechselseitigen Testamenten der Ehegatten Anwendung, obwohl mehrere Rechtsgelehrten 10) dieses aus dem Grunde bezweifeln wollen, weil hier die Freygebigkeit nicht einseitig, wie die Verordnung der römischen Gesetze voraussetzt, sondern gegen ein Aequivalent erwiesen werde, wobey Gewinn und Verlust von einem ungewissen Erfolge, nämlich dem Tode des zuerst sterbenden Ehegatten, abhängig sey. Denn soll der Zweck des Gesetzes erreicht werden, so konnte der Gesetzgeber darauf keine Rücksicht nehmen, ob die Liberalität einseitig oder wechselseitig ausgeübt wird, wenn es auch durch eine dem römischen Rechte unbekannte Disposition geschieht, genug, daß das Gesetz keine zur Zeit desselben denkbare Art der Disposition aus-

Beytrag zur Lehre von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten. 5. Abschn. §. 10. Scherer Lehre der ehelichen Gütergemeinschaft. 1. Th. 2. Hauptst. §. 147.

9) Henne Diss. cit. de coniuge binubi vel binubae etc. §. 12. und Boehmer cit. Diss. §. 17. not. z. haben eine Menge sowohl pract. Schriften, als statutar. Rechte angeführt. Ich füge nur noch Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 23. und *Fratr.* Becmannorum Consil. et Decision. P. I. Resp. 3. hinzu.

10) Struben rechtliche Bedenken. Th. IV. Bed. 187. Sommern de iure novercarum. Cap. XIII. nr. 5. Boehmer Diss. de poenis sec. nupt. §. 9.

geschlossen hat, wodurch eine Freygebigkeit ausgeübt werden kann. Nun gedenkt die Verordnung des Kaisers Leo des Testaments ausdrücklich, und würde auch ohne Zweifel den Erbvertrag nicht vergessen haben, wenn Erbverträge nach der römischen Rechtsverfassung erlaubt gewesen wären. Der Erbvertrag kann aber jetzt um so mehr unter die Verordnung des Gesetzes begriffen werden, da dasselbe von jeder Art der Liberalität spricht, sie werde unter den Lebenden, oder von Todes wegen ausgeübt. Daß nun aber in Hinsicht auf die Kinder der ersten Ehe, für die das Gesetz nur allein Sorge trägt, sowohl bey einem reciproken Testamente der Ehegatten, als bey einem Erbvertrage, wodurch die gegenseitige Erbfolge derselben bestimmt wird, wirklich eine Liberalität zum Grunde liege, leidet keinen Zweifel, wenn man erwägt, daß ja der überlebende Ehegatte dadurch den ihm bestimmten Theil aus dem Vermögen des erstverstorbenen Ehegatten empfängt, ohne dagegen Etwas aus dem Seinigen zu leisten [11]).

Ob aber nicht die in den angeführten Verordnungen des Röm. Rechts zum Besten der Kinder der ersten Ehe bestimmten Folgen der zweyten Ehe in Hinsicht auf das Vermögen der Ehegatten durch Testament oder Ehe- und Erbvertrag dem Ueberlebenden auf eine für die Kinder der ersten Ehe verbindliche Art erlassen werden können, ist eine sehr streitige Rechtsfrage. Wer den wahren Grund und Zweck jener Verordnungen nicht aus den Augen verliert, wird gewiß aus voller Ueberzeugung der Meinung derjeni-

11) Eine weitere Ausführung hierüber findet man in Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 5. B. Erört. VII. S. 46—54.

gen Rechtsgelehrten [12]) den Vorzug geben, welche sich gegen eine solche willkührliche Remission erklären. Dennoch haben mehrere berühmte Rechtsgelehrten [13]) der entgegengesetzten Meinung zu huldigen, kein Bedenken getragen. Ihr Hauptgrund ist, die Verordnungen des römischen Rechts seyen keine Prohibitiv- sondern bloße Dispositivgesetze, denen man durch Testament oder Vertrag derogiren könne. Justinian habe dieses sogar in der Nov. *XXII.* Kap. 2. selbst erlaubt, wenn er daselbst §. 1. sagt: Si vero testator nihil dixerit aut disposuerit, quod legibus iam latis et usu obtinentibus non comprehensum, nec quid contra leges in universum praeceperit, tunc haec nostra lex locum habeat, quae omnia, quantum homini possibile est, comprehendit, et breviter percurrit, ac tum quae ad priores, tum quae ad secundas nuptias, nec non quae ad successiones et dissolutiones matrimonii, sive morte, sive divortio, pertinent, et quae ante tempus luctus, et post illud sunt, corrigit. Man fügt noch zur mehreren Bestärkung hinzu, ein Ascendent könne ja einer fremden Person alles übrige Vermögen eigenthümlich zuwenden,

12) *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 6. de secund. nupt. pag. 385. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 138. *Diodor.* Tuldenus Commentar. ad Cod. Justin. Lib. V. Tit. 9. nr. 8. pag. 304. Knorre Diss. de iure coniug. nuptias iterantis. Cap. IV. §. 3. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 521. nr. III. Hagemann pract. Erörterungen a. a. O. S. 51 f.

13) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCC. medit. 20. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 133. Orth Anmerkungen über die Frankf. Reformation. 2. Fortsetz. S. 510.

wenn er nur den Kindern den Pflichttheil hinterläßt; warum sollte also ein Ehegatte dem andern nicht die poenae secundarum nuptiarum erlassen können? Allein würde nicht die Gesetzgebung mit sich selbst im Widerspruche stehen, wenn sie die Vorschriften, wodurch sie das Beste der Kinder der ersten Ehe beabsichtigte, der willkührlichen Abänderung der Eltern hätte überlassen wollen? Wie konnte sie die zur Sicherung der Kinder der ersten Ehe gegen die besorglichen Nachtheile einer neuen Ehe angeordneten Folgen *poenae* (ποιναὶ), wenn auch gleich nur im uneigentlichen Sinne, nennen [14]), und dennoch die Vollziehung derselben der Willkühr der Eltern anheimstellen? Schon diese Betrachtung allein überzeugt uns, daß jene Verordnungen des Röm. Rechts gewiß keine bloße Dispositivgesetze seyn können. Noch mehr aber lehrt der Inhalt derselben, daß sie theils Präceptiv- theils Prohibitivgesetze sind. Sie untersagen dem zur zweyten Ehe übergegangenen Parens alle Veräußerung der Güter, die er von dem verstorbenen lucrirt, oder durch Beerbung eines Kindes der erstern Ehe erlangt hat, weil den Kindern der erstern Ehe das Eigenthum derselben zustehen soll, und erklären solche Veräußerungen für unbefugt, und nichtig [15]). Wie kann nun der Wille des verstorbenen Ascendenten den Kindern das Eigenthum entziehen, was ihnen das Gesetz, als ein treuer Beschützer derselben, (ἀσφαλὴς τῶν τοιούτων φύλαξ [16]), so heilig zugesichert hat? Sie verbieten ferner dem in der zweyten Ehe lebenden Parens gegen seinen zweyten Ehegatten freygebiger zu seyn, als gegen ein Kind

14) *Nov. II. cap.* 2. §. 1.

15) *Nov.* 2. *Cap.* 2.

16) *Nov.* 22. *Cap.* 24.

der erstern Ehe; ja sie verbieten jedes Scheingeschäft, wodurch dem Stiefparens in fraudem legis, ein Mehreres, als diesem, zugewendet wird, und erklären dasselbe für nichtig und für nicht geschrieben [17]. Ist nicht hierdurch auch die Verordnung des verstorbenen Parens selbst für nicht geschrieben erklärt, wodurch diese Folge zum Nachtheil der Kinder der ersten Ehe hat ausgeschlossen werden wollen? Man erinnere sich, was Pomponius *libro IX. ad Sabinum* [18] sagt: Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant; und was Papinian *libro II. Quaestionum* [19] lehrt: Ius publicum privatorum pactis mutari non potest. Und dennoch sollte der Gesetzgeber in dem Gesetz selbst, worin er für das Beste der Kinder der ersten Ehe so vorzüglich besorgt ist, ja worinn er die zweyte Ehe überall als eine Beleidigung und Kränkung für die Kinder der ersten Ehe darstellt [20], den Eltern erlaubt haben, die ihnen aufgelegte Strafen durch eine dieselben wieder aufhebende Privatdisposition sich nach Gefallen zu erlassen? In der That, wer auch nur mit flüchtigen Augen die oben aus der Nov. 22. Kap. 2. angeführten Worte ansieht, muß sich wundern, wie es möglich war, einem Gedanken auch nur einen Augenblick Raum zu geben, bey welchem die ganze Legislation zwecklos und ohne alle Wirkung seyn würde. Das Gesetz sagt es ja mit ausdrücklichen Worten, daß nur von solchen Dispositionen des Testirers die Rede

17) *Nov.* 22. *Cap.* 27.

18) *L.* 55. *D. de legat. I.*

19) *L.* 38. *D. de pactis.* Man vergleiche den 1. Th. dieses Commentars. §. 13. S. 91.

20) *Nov.* 2. *cap.* 1. *Nov.* 22. *cap.* 23 *et* 25.

sey, die den Gesetzen überhaupt nicht zuwider sind: nec aliquid *contra leges* in universum praeceperit, (*μήτε τὶ παρὰ τοὺς καθόλου νόμους διατάττοι*). Es darf also auch gewiß die Disposition der Eltern nicht den in dieser Novelle zum Besten der Kinder der ersten Ehe gemachten Verordnungen zuwider seyn, auf deren Ueberschreitung die Strafe der Richtigkeit gesetzt ist; sondern es kann dadurch dem Gesetz nur in sofern derogirt werden, als eine solche Disposition bloß allein die der Bestimmung des Testirers überlassenen Rechte des überlebenden Ehegatten betrifft. So z. B. soll der dem überlebenden Ehegatten bloß hinterlassene Nießbrauch nach dieser Novelle durch die zweyte Ehe nicht mehr verloren gehen. Der Testator kann aber doch das Gegentheil verordnen. So soll ferner bey der dem überlebenden Ehegatten zur Bedingung gemachten Viduität die Mucianische Caution geleistet werden. Der Testator kann sie aber auch erlassen. Dahingegen hat die angeführte Novelle nirgends gestattet, zum Nachtheil der Kinder erster Ehe, und gegen den Inhalt der zu ihrem Besten abzweckenden Gesetze, zu disponiren [21]). Es darf uns nicht irre machen, wenn das Kap. 2. dieser Novelle die Ueberschrift hat: *Ut poenam, hac lege secundis nuptiis constitutam, coniuges testamento sibi remittere possint.* Denn daß die Ueberschriften und Summarien der Novellen und der einzelnen Kapitel derselben, die in der Vulgata befindlich sind, nicht ächt, und bey der Interpretation ohne alles Gewicht und An-

21) Man vergleiche hier vorzüglich *Frid. Phil.* Usener Diss. quaestionem, an poenae secundarum nuptiarum pactis dotalibus aut testamento coniugum remitti queant superstiti, secundum ius civ. et moeno-francofurt. exponens. *Erlangae* 1796. 8.

sehen sind, ist schon anderswo bemerkt worden [22]). Ob aber nicht dergleichen Verfügung eines Testators vielleicht durch die von ihm hinzugefügte Socinische Cautel [23]) aufrecht erhalten werden könne; oder ob nicht vielmehr die Kinder erster Ehe auch hiergegen einwenden dürfen, daß das ihnen gesetzlich Zugesicherte, ihnen eben so wenig, wie der Pflichttheil, verkürzt, oder entzogen werden könne, ist eine Frage, welche Weber [24]) aufgeworfen, aber unentschieden gelassen hat. Ich glaube das Letztere ohne Bedenken behaupten zu können, weil nach ausdrücklicher Verordnung der Novelle Kap. 27. keine machinatio, (μηχανὴ) keine Erfindung, die als Mittel gebraucht wird, das Gesetz zu untergraben, Statt finden soll.

Noch ist zu bemerken, daß die bisher angeführten rechtlichen Folgen der zweyten Ehe auf ein bloßes zum Zweck einer zweyten Ehe geschlossenes Verlöbniß nicht erstreckt werden können, weil die Gesetze solche nirgends den bloßen Sponsalien beygelegt, sondern die Vollziehung der zweyten Ehe zur ausdrücklichen Bedingung, ja zum Anfangstermin gemacht haben, wo diese Wirkungen eintreten sollen [25]).

Soviel hiernächst

B. diejenigen gemeinen Nachtheile der wiederholten Ehe anbetrifft, welche auf das Beste der Kinder der ersten Ehe keine Beziehung haben, son-

22) S. meine Opusc. iurid. Fascic. III. pag. 85.

23) S. den 7. Th. dieses Commentars. §. 546. S. 86 f.

24) Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1217. S. 143.

25) S. *Fratrum* Becmannorum Consil. et Decision. P. I. Consil. XXXVII. Qu. 3. pag. 427—430.

dern eintreten können, es mögen Kinder aus der ersten Ehe vorhanden seyn, oder nicht; so gehört dahin vorzüglich, daß durch die zweyte Ehe alles verwirkt wird, was dem zur zweyten Ehe schreitenden Wittwer, oder Wittwe von dem ersten Ehegatten, oder auch von einem Dritten, unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheyrathen, gegeben oder hinterlassen worden ist. Die Hauptstelle ist die Novelle XXII. Kap. 44.

Sancimus igitur, si quis uxorem, vel etiam uxor maritum (idem enim est) [26]) secundum matrimonium contrahere prohibuerit, eoque nomine quid reliquerit, ut alter coniugum ex duobus electionem habeat, utrum matrimonium contrahere, et accipiendis renunciare, aut si hoc nolit, sed defunctum honoret, omnino a secundis nuptiis abstinere velit. §. 1. Sed ne res in suspenso sit, et post longum forte tempus denuo exactio fiat, propterea pulchrum nobis visum est rem sic definire, ut intra annum quidem nullo modo relictum exigi possit, nisi sacerdotium alteri personae obveniens capiendi ius praestet, quasi nulla spes nuptiarum reliqua sit. §. 2. Si vero annale tempus praeterierit, concedimus quidem illi personae, ut relictum accipiat, non tamen simpliciter: sed siquidem res immobilis sit, non aliter eam capiat, quam praestito iuramento, et rebus suis pignori obligatis, (id quod etiam tacite hac lege concedimus) se rem, quae data est, talem qualem accepit, si secundas nuptias contraxerit,

26) Im Griechischen heißt es eigentlich: ταυτὸν γάρ ἐστιν ἑκάτερον. d. i. idem enim *in utroque est.*

redditaram, restitutis quoque fructibus, quos medio tempore percepit. §. 3. Sin vero res mobilis sit, et persona, quae vult capere, idoneas facultates habeat, quod relictum est, sub eadem cautione et iisdem hypothecis detur. Verum si quidem alia res mobilis sit, eam, prout accepit, restituat, vel si deterior sit facta, damnum resarciat. §. 4. Sin autem pecunia fuerit, restituat eam cum usuris, quas inde percipere potuit, quod iuramento restituentis diiudicetur. Si vero foenori non dederit, sed ea usus sit, trientes det usuras §. 5. Sin autem non admodum locuples fuerit, insuper et fideiussor hoc nomine petatur. At si nec fideiussorem dare possit, tunc sub iuramento et hypotheca rerum suarum, uti dictum est, capiat quidem quod relictum est. §. 6. Statim vero atque secundas nuptias inierit, ab eo, qui dedit, id vindicetur, apud quamcunque personam extiterit, quasi ab initio ne quidem datum esse videatur. Atque ut hoc in omni restitutionis casu, sive res mobilis, sive immobilis restituenda sit, obtineat, sancimus. §. 7. Sed si pecunia sit relicta, fideiussorem autem non habeat, nec is idoneus sit, cuius fidei illa committatur [27]),

27) In dem griechischen Text heißt es: καὶ οὐδὲ αὐτὸς ἀξιόχρεως εἴη τοῦτο καταπιστευθῆναι. CUJACIUS Exposit. Nov. XXII. circa fin. versteht diese Worte so: si is, cui legata est pecunia, etiam indignus est, qui committatur *iuratoriae cautioni.* Allein richtiger erklärt diese Stelle der griechische Scholiast THEODORUS in *Basilic.* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 14. Sch. y. pag. 494. καὶ εἰ μὲν χρήματα εἰσὶ, καὶ ἀπορεῖ ἐγγυητῶν, καὶ

manebit illa quidem apud eum, a quo relicta est, sed usuras trientes ei praestabit: quas tam diu solvet, donec ille aut secundum matrimonium contrahat, (ubi et restitutio solutarum usurarum locum habebit) aut manifestum fiat, eum non amplius posse matrimonium vel propter sacerdotium, (tunc enim illi dabit, quod relictum est) vel etiam mortem contrahere. Capient enim hoc omnino heredes eius, nihil plane de datis usuris restituentes. §. 8. *Eandem vero observationem, eandemque rationem introducimus, etiamsi coniuges sibi invicem sub tali conditione non reliquerint, sed extraneus quis aut marito, aut uxori sub tali conditione quid dari voluerit:* casibus scilicet fortuitis secundum naturam suam, et leges de his latas in dationibus et restitutionibus spectandis. Haec igitur in iis constitutionibus, quae occasione Legis Juliae Miscellae latae sunt, mutamus: reliqua vero rata sint, secundum terminos et casus, quibus ea exposuimus. §. 9. Dictae vero a nobis cautiones, si particularis sit institutio, vel legatum, heredibus, vel substitutis, vel illis, a quibus haec relicta sunt, praestentur: quod si sit mortis

περιουσίας τρίτον ἑκατοστῆς τόκον δίδωσι. i. e. Et si quidem pecuniae sint, et legatarius nec fideiussores habeat, *neque locuples sit*, tertia pars usurae centesimae ei praestatur. Offenbar ist also hier von keiner Eidestreue die Rede, sondern davon, wenn der Honorirte kein Vermögen (περιουσία) besitzt, und man ihm daher das Geld nicht sicher anvertrauen kann. Es ist Schade, daß Hombergk die Scholien der Basiliken bey seiner Version der Novellen gar nicht benutzt hat.

causa donatio, omnino heredibus. Si vero sub tali conditione quis heres scribatur, eas cautiones substitutis, si adsint, vel certe illis, qui ab intestato ad hereditatem vocantur, praestet, ut lex ab omni parte suam habeat perfectionem. Nisi testator *saepius*[28]) hoc quoque permiserit, inquiens potestatem habere eum, quem vel ex parte, vel ex asse instituit, aut cui legatum vel fideicommissum, aut mortis causa donationem reliquit, ut relictum accipiat, nec ullam cautionem praestet[29]). Tunc enim sequenda est defuncti voluntas. Magnae quippe curae nobis est, legitimas defunctorum voluntates conservare.

Nach diesem Gesetz ist nun also die einer Wittwe oder einem Wittwer aufgelegte Bedingung, sich nicht wieder zu verheyrathen, sie mag ihnen von dem erstverstorbenen Ehegatten, oder auch von einem Dritten aufgelegt worden seyn, dergestalt gültig, daß wenn derselben entgegengehandelt wird, die unter dieser Bedingung hinterlassene Erbschaft, oder Vermächtniß verwirkt ist, und mit allen Früchten und Zinsen zurückgegeben werden muß. Zwar sind mehrere Rechtsgelehrten[30]) der Meinung, daß die Verord-

28) Das griechische Wort πολλάκις hat Hombergk hier offenbar unrichtig durch saepius übersetzt, welches keinen Sinn hat. Es heißt auch soviel, als forte, und dieß ist die hierher gehörige rechte Bedeutung dieses Worts.

29) Die *Basilica* Tom. IV. Lib. XXVIII. Tit. 14. pag. 479. haben hier δοῦναι. Scrimger aber διδόναι.

30) Frantzkius Variar. Resolution. Lib. I. Resolut. XV. nr. 30 et sqq. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand.

nung des Gesetzes nur in dem Falle Statt finde, wenn ein Ehegatte dem andern, nicht wenn ein Dritter einem Wittwer oder einer Wittwe diese Bedingung in seiner letzten Willensverordnung aufgelegt habe. Hier sey die Bedingung der Viduität für nicht beygefügt zu achten, weil die Lex Julia Miscella, welche der Kaiser hier vor Augen gehabt, nur von Ehegatten rede, auch Justinian die Sanction seines Gesetzes ausdrücklich nur auf Ehegatten beschränke, wie aus den Anfangsworten des Kap. 44. deutlich zu ersehen sey, und durch die zweyte Ehe kein Dritter, sondern nur der erstverstorbene Ehegatte beleidiget werde. Allein diese Gründe widerlegen sich von selbst, da Justinian in dem §. 8. *Cap.* 44. seine Verordnung auch auf den Fall, da ein *extraneus* einer verwittweten Person Etwas unter der Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, vermacht hat, so bestimmt und deutlich erstreckt, daß man sich billig wundern muß, wie es möglich gewesen, die merkwürdigen Worte zu übersehen: Τὴν αὐτὴν δὲ εἰσάγομεν παρατήρησιν καὶ τὸν αὐτὸν λογισμὸν, καὶ εἰ μὴ οἱ συνοικοῦντες ἀλλήλοις ὑπὸ τοιαύτην καταλίποιεν αἵρεσιν, ἀλλ᾽ ἕτερός τις ἔξωθεν ἢ ἀνδρὶ ἢ γυναικὶ ὑπὸ τοιαύτην αἵρεσιν δοθῆναι τι βουληθείη[31]).

P. II. h. t. §. 39. Berger Oecon. iuris. Lib. I. Tit. III. Th. 8. Not. 3. *Pet.* Müller Diss. de odio secundar. nuptiar. Cap. II. Th. 7. auch Thibaut im System des Pandectenrechts 1. Th. §. 393 a. E. spricht blos von Ehegatten.

31) S. Gentilis de secund. nuptiis. Cap. XX. pag. 151 sq. Brunquell Diss. de conditione, si non nupserit, ultim. voluntatib. adjecta. §. 31 — 33. (in *Opuscul.* pag. 199 — 202.) und Bach Diss. de Lege Julia Miscella, eiusq. usu hod. §. 15. (in *Opuscul.* pag. 239 — 241.)

Zum Ueberfluß kann noch die *Auth.* Cui relictum. *Cod. de indicta viduitate* (VI. 40.) hinzugefügt werden, welche aus dem Kap. 44. *Nov. XXII.* genommen ist, und so lautet: Cui relictum quid fuerit a coniuge, vel *a qualibet persona*, ne secundas ineat nuptias: intra annum quidem non petat, nisi spes nuptiarum deficiat: post annum vero capiat, praestita cautione rei cum fructibus restituendae, si contra fecerit.

Die Wirkung der Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, besteht nun darin, daß diejenige Person, welcher sie aufgelegt ist, die Wahl hat, ob sie zur andern Ehe schreiten, und dann aber auf das, was ihr unter dieser Bedingung hinterlassen worden ist, Verzicht thun, oder aber, wenn sie dies nicht will, sich der zweyten Ehe enthalten wolle. Damit nun aber doch die Sache keinen zu langen Aufschub leide, weil die Bedingung, nicht wieder zu heyrathen, von der Beschaffenheit ist, daß sie eigentlich erst mit dem Tode des Honorirten für erfüllt gehalten werden kann; so verordnet Justinian, daß vor Ablauf eines Jahres das Vermächtniß nicht soll gefordert werden dürfen, es müßten dann etwa solche Umstände eintreten, welche nun keine Wiederverheyrathung mehr hoffen lassen; wovon das Gesetz bey dem Wittwer den Priesterstand als Beyspiel angiebt. Bey der Wittwe würde dann der Eintritt in ein Kloster das nämliche seyn. Gewiß aber erfüllt bey beyden ist die Bedingung durch den Tod [32]). Wenn das Jahr seinen Anfang nimmt, hat das Gesetz zwar nicht bestimmt, es scheint mir indessen darauf anzu-

32) S. Bach Diss. cit. §. 12. (in *Opusc.* pag. 232.)

kommen, ob die Bedingung von dem erstverstorbenen Ehegatten, oder in dem Testament eines Andern aufgelegt worden ist. In dem erstern Fall ist es von dem Tode des Ehegatten, in dem andern aber von dem Tode des Testirers an zu rechnen. Warum aber Justinian gerade ein Jahr bestimmt hat? scheint mir seinen Grund darin zu haben, weil der Kaiser zum Theil die Lex Julia Miscella wieder hergestellt hat, vermöge welcher nach Ablauf eines Jahres das unter der Bedingung der Viduität hinterlassene Vermächtniß anders nicht, als gegen Caution, gefordert werden konnte. (S. 106. f.) [33]. Reuvens [34]) meint zwar, der Grund sey wahrscheinlich der, weil der Gesetzgeber geglaubt habe, eine verwittwete Person werde sich leichter entschließen, bald wieder zu heyrathen, als späterhin, nachdem sie schon eine Zeitlang im Wittwenstande gelebt hat, wo eher zu hoffen sey, sie werde, um nicht den Vortheil des Vermächtnisses zu verlieren, in diesem Zustande fernerhin verbleiben. In dieser Ungewißheit habe es denn der Gesetzgeber für besser und sicherer gehalten, das Vermächtniß lieber nicht abzuliefern, als das Gegebene nachher wieder znrückzufordern. Er folgert hieraus, daß wenn die Viduität einer verwittweten Person nicht von dem erstverstorbenen Ehegatten derselben, sondern von einem Extraneus wäre zur Bedingung gemacht worden, dieselbe, wenn sie schon ein Jahr im Wittwenstande gelebt habe, nun kein Jahr mehr von dem Todes-

33) S. *Jo. Christph.* Falckner Diss. de cautione Q. Mucii Scaevolae vulgo Muciana. *Jenae* 1664. Cap. IV. nr. 14. und Bach Diss. cit. §. 12. pag. 233.

34) *Jan. Ever.* Reuvens Diss. de cautione Muciana. *Lugd. Batavor.* 1784. 4. Cap. III. §. 16. pag. 69 sq.

tage des Erblaßers an zu warten nöthig habe, sondern das ihr unter der gedachten Bedingung Hinterlaßene sogleich gegen Caution erhalten könne. Allein dieser Meinung scheinen die aus dem §. 8. des Kap. *XLIV*. oben angeführten Worte des Gesetzes entgegen zu stehen, nach welchen ganz das Nämliche beobachtet werden soll, wenn auch nicht ein Ehegatte dem andern, sondern ein Dritter einem Wittwer oder einer Wittwe unter dieser Bedingung Etwas hinterlassen hätte. Nach der Analogie der Lex Julia Miscella muß also auch hier der Honorirte ein Jahr warten, ehe er das Hinterlassene fordern kann, wenn nicht Gründe der Unmöglichkeit einer zweyten Ehe schon vorhanden sind, oder noch vor Ablauf des Jahres eintreten. Nun hatte zwar Justinian jenes Gesetz insofern aufgehoben, als dasselbe, der Bedingung ungeachtet, die Wiederverheyrathung erlaubte, wenn der Honorirte binnen einem Jahre einen Eid schwur, daß er blos, um Kinder zu zeugen, zur andern Ehe schreite; weil er den Willen des Erblassers durchaus erfüllt wissen wollte, wenn der Honorirte das ihm unter der Bedingung der Viduität Hinterlassene erhalten will. Es blieb nun aber auch dem Kaiser, da er die gedachte Lex Julia in sofern bestätigte, als vermöge derselben das Vermächtniß nach einem Jahre anders nicht, als gegen Leistung der Mucianischen Caution erhalten werden sollte, kein anders Resultat übrig, als dieses, daß unter einem Jahre gar kein Forderungsrecht Statt finde, wenn nicht etwa schon vor Ablauf desselben solche Umstände eingetreten wären, unter welchen die Bedingung für erfüllt gehalten werden könne.

Ist nun aber seit dem Tode des Erblassers ein Jahr verstrichen, so kann nun zwar der Honorirte das

ihm hinterlassene Vermächtniß fordern; allein er erhält es nicht eher, als wenn er Caution leistet, daß er das, was er bekommen hat, und zwar mit allen und jeden Nutzungen, zurückliefern wolle, wenn er der Bedingung zuwiderhandeln würde. Dieß ist diejenige Caution, welche von ihrem Urheber, dem Quintus Mucius Scävola[35]), die mucianische Caution genennt wird, und deren Wirkung darin besteht, daß die Bedingung einstweilen für erfüllt zu halten ist[36]). Die Natur der Bedingung macht also diese Caution nothwendig, die vor dem Tode des Honorirten darum nicht existirt, weil eher keine Gewißheit entstehen kann, daß dawider nicht gehandelt werde. Dem Honorirten würde also das Vermächtniß nichts nützen, wenn man diese Caution nicht zuließe[37]). Die Caution selbst ist nun auf verschiedene Art bestimmt. 1) Ist die Sache eine unbewegliche, so soll der Honorirte eidlich caviren, und auch noch sein ganzes Vermögen verpfänden, ja es soll, wenn auch letzteres unterblieben wäre, eine stillschweigende Hypothek Statt finden. Die Caution geht hier dahin, daß wenn der Honorirte zur andern Ehe schreiten würde, er die Sache, so wie er sie empfangen hat, mit allen in der Zwischenzeit gezogenen Früchten, zurückgeben

35) *Nov. XXII. cap.* 43. S. Reuvens Diss. cit. Introduct. et Cap. 1. *Ge.* D'Arnaud variar. Conjecturar. Lib. II. cap. 14. und *Greg.* Majansius Disputat. iuris civ. Tom. II. N. XL.

36) *L.* 4. §. 1. *D. de condit. instit. L.* 7. *L.* 67. *L.* 73. *L.* 79. §. 2. *L.* 106. *D. de condit. et demonstrat.* S. Reuvens Diss. cit. Cap. III. §. 18.

37) Reuvens Diss. cit. Cap. II. §. 6. und *Ge.* D'Arnaud Vitae Scaevolarum. (*Traj. ad Rhen.* 1767. 8.) §. 59.

wolle [38]. 2) Ist die Sache eine bewegliche, und der Honorirte ist vermögend; so soll die nämliche Caution Statt finden, welche denn aber nur auf Zurücklieferung der Sache, und im Falle sie etwa deteriorirt worden wäre, auf Schadensersatz geht. 3) Ist Geld vermacht, und der Honorirte hat es ausgeliehen, so soll er solches mit den Zinsen restituiren, welche er davon erheben konnte, (*καὶ μετὰ τόκων ἀποδιδόναι ὧν ἐκεῖθεν λαβεῖν ἰσχύσειεν*) [39], wobey er seine Angabe beschwören soll. Hat er aber das Geld selbst gebraucht, so soll er die Zinsen mit vier Procent vergüten. 4) Ist der Honorirte nicht sehr vermögend, so soll er noch außerdem einen Bürgen stellen, wenn er einen finden kann; kann er dieses nicht, so soll juratorische und hypothekarische Caution zwar hinlänglich seyn, aber schreitet er zur zweyten Ehe, so soll derjenige, der ihm die vermachte Sache gab, solche sofort von jedem vindiciren können, es mag sie besitzen, wer da

38) *L. 76. §. 7. D. de legat. II. L. 79. §. 2. D. de condit. et demonstr.*

39) Der griechische Scholiast Theodorus in den Basiliken Tom. IV. pag. 493. Sch. y. hat, *ἀναδιδότω καὶ οὓς ἔλαβεν ἀυτῶν τόκους δανείσας.* i. e. *reddat etiam usuras pecuniarum foeneratarum.* Der Honorirte soll also caviren, daß er auch die Zinsen vergüten wolle, welche er zu erheben vernachlässiget hat. Reuvens Diss. cit. Cap. III. §. 13. schließt hieraus, daß auch die vernachlässigten Früchte vergütet werden müßten, wenn das Vermächtniß in einer unbeweglichen Sache besteht. Allein diese Schlußfolge streitet gegen die klaren Worte des §. 2. wo es ausdrücklich heißt: *ἀποδιδοὺς καὶ οὓς ἔλαβεν ἐν μέσῳ καρποὺς;* i. e. fructus, *quos medio tempore percepit.* Die erfolgte andere Ehe macht ihn ja auch nicht zu einem m. f. possessor.

will, nicht anders, als ob ihm die Sache nie gegeben worden wäre; und dieses soll Statt finden, die Sache sey eine bewegliche oder unbewegliche. Wäre hingegen 5) blos Geld vermacht worden, und der Honorirte könnte keinen Bürgen stellen, und hätte auch kein hinlängliches Vermögen, so soll das Geld bey dem, der es auszuzahlen hat, zurückbleiben, und der Honorirte einstweilen blos die Zinsen, und zwar zu vier Procent, davon erhalten, welche ihm so lange ausgezahlt werden sollen, bis er entweder eine zweyte Ehe schließt, in welchem Falle dann aber die bezahlten Zinsen wieder zurückgezahlt werden müssen, oder nun gewiß ist, daß keine zweyte Ehe erfolgen werde, wo ihm dann das Vermächtniß selbst ausgezahlt werden soll. Zuletzt bestimmt das Gesetz noch, wem die Sicherheit zu leisten sey? Zwar giebt schon Gajus *L.* 18. *D. de condit. et demonstrat.* die allgemeine Regel: Is, cui *sub conditione non faciendi* aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, *ad quem iure civili, deficiente conditione, hoc legatum, eave hereditas pertinere potest.* Allein da es zuweilen ungewiß seyn kann, an wen das Vermächtniß kommt, wenn der Bedingung entgegengehandelt wird, so fand Justinian für nöthig, auch diesen Punct genauer zu bestimmen. Es sind demnach folgende Regeln zu bemerken. 1) Ist von einem Legat oder Fideicommiß die Rede, so muß die Caution dem geleistet werden, welcher damit beauflagt ist. Dieß ist gewöhnlich der Erbe, es kann aber auch ein Anderer seyn. Denn wer dasselbe zu prästiren hatte, an den fällt es auch in der Regel zurück; aber auch dann, wenn das Vermächtniß einem Dritten zugedacht seyn sollte, muß doch dem cavirt werden, der dasselbe zu prästiren hat, weil es an diesen zurückfällt, wenn z. B. jener Dritte stürbe,

ehe die Condition deficirt [40]. Die Caution nützt also hier beyden. Denn lebt der Dritte zu der Zeit noch, da die Condition deficirt, und das Legat kommt nun an ihn, so kann er dasselbe mit der actio ex testamento von dem Erben fordern, oder von ihm verlangen, daß er ihm die Klage ex cautione Muciana cedire [41]. Auf jeden Fall gehören ja auch die in der Zwischenzeit gezogenen Nutzungen dem Erben; oder der das Legat zu prästirt hat. 2) Ist es eine Schenkung von Todes wegen, welche unter jener Bedingung errichtet worden ist, so wird blos dem Erben cavirt. 3) Ist der Honorirte selbst zum Erben eingesetzt, aber nur ex parte, (εἰ μὲν ἐνστάσεως εἴημέρος) und ihm in casum deficientis conditionis ein Anderer substituirt, so muß diesem die Caution geleistet werden. 4) Ist ihm Niemand substituirt, so cavirt er demjenigen Miterben, welchem sein Antheil, im Fall die Bedingung deficirt, zufallen würde [42]. Endlich 5) wer ex asse instituirt ist, cavirt seinem Substituten, oder wenn er keinen Substituten hat, den Intestaterben [43]. Hat nun der Honorirte

40) *L. 4. pr. L. 5. §. 2. D. Quando dies legator. vel fideic. ced. L. un. §. 7. Cod. de caducis tollend.*

41) *L. 67. L 73. D. de condit. et demonstrat.* S. Reuvens Diss. cit. Cap. III. §. 3. Westphal's hermeneut. systemat. Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 469 u. 470.

42) *L. 7. §. 1. D. de condit. et demonst.*

43) Da hier der Intestaterben ausdrücklich gedacht wird, (ἢ πάντως γοῦν τοῖς ἐξ ἀδιαθέτου πρὸς τὸν κλῆρον καλουμένοις) so widerlegt sich dadurch die Meinung des Donellus Commentar. iuris civ. Lib. V. cap. 33. welcher glaubt, daß den Intestaterben niemals von einem heres ex asse cavirt werde; obgleich auch *Jo. Lud.* Con-

das ihm Hinterlassene mittelst der mucianischen Caution erhalten; so erwirbt er zwar ein Eigenthum daran, welches ihm auch ein Recht giebt, die Sache zu veräußern; als Eigenthümer hat er denn auch die Früchte und Nutzungen derselben. Ja ist ihm eine Erbschaft hinterlassen, so kann er auch als Erbe die erbschaftlichen Klagen erheben, und als Erbe belangt werden [44]. Allein die Dauer seines Rechts hängt von einer resolutiven Bedingung ab, nämlich wenn er nicht zur andern Ehe schreitet. Handelt er dieser Bedingung zuwider, so erlöscht sein Recht, und zwar rückwärts, als ob er es nie erworben hätte, und derjenige, dem nun das verwirkte Vermögen zufällt, hat wider den Honorirten sowohl, als alle andern Besitzer alle diejenigen Klagen, welche ihm zugestanden hätten, wenn dem Honorirten das ihm Hinterlassene nie wäre übergeben worden [45]. Derselbe kann aber wider denjenigen, welchem die mucia-

RADI in Diss. de cautione Muciana. *Lips.* 1761. §. 3. diese Meinung zu vertheidigen sucht, und den BALDUINUS in Comm. de Jurisprud. Muciana, welcher das Gegentheil behauptet, eines nicht geringen Irrthums bezüchtiget. Die *L.* 7. §. 1. *D. de condit. et demonstr.* und *L.* 20. *pr. D. de conditionib.* können dagegen nichts beweisen, denn sie reden von solchen Fällen, wo die conditio negativa nicht deficiren kann, und also iure ipso videtur impleta conditio, wie die *L.* 7. sagt. Hier ist die Cautio Muciana ohnehin überflüssig. S. CUJACIUS Observat. Lib. V. cap. 2. HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXXV. Tit. 1. §. 3. VOET Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XXVIII. Tit. 7. §. 7. und REUVENS cit. Diss. Cap. III.

44) S. REUVENS cit. Diss. Cap. III. §. 18.

45) *Nov. XXII. Cap.* 44. §. 6. REUVENS c. l. §. 19.

nische Caution geleistet worden ist, actione utili darauf klagen, daß er ihm die durch die Caution erlangten Klagen cedire[46]. Ist übrigens eine verwittwete Person unter der Bedingung sich nicht wieder zu verheyrathen zum Erben eingesetzt, so haben wir hier ein merkwürdiges Beyspiel von einer unter einer auflösenden Bedingung geschehenen Erbeinsetzung, welche das Gesetz für gültig erklärt. Justinian scheint es überhaupt, seit dem er das SCtum Pegasianum mit dem Trebelliano vereiniget hatte, und Letzteres nur allein gelten lassen wollte, mit der alten Regel des Civilrechts, qui semel heres exstitit, non desinit heres esse, nicht so genau genommen zu haben, wie die sonderbare Successio heredum beweist, welche der Kaiser in der Nov. *I.* Kap. 1. §. 1. in dem Falle angeordnet hat, da der Erbe, der richterlichen Admonition ungeachtet, binnen Jahresfrist den Willen des Erblaßers nicht erfüllt, *ne hereditas defuncti non adita maneat*[47].

Zu dieser andern Gattung der gemeinen Folgen der zweyten Ehe rechnet man auch die, daß diejenigen, welche zur zweyten Ehe schreiten, nicht eingesegnet werden sollen[48].

46) *L.* 73. *D. de condit. et demonstrat.*

47) S. *Ant.* Faber de errorib. Pragmaticor. Decad. XXVII. Err. 2. Ein Beytrag zum 5. B. des Archivs für die civilist. Praxis S. 317 ff.

48) Brouwer de iure connubior. Lib. II. cap. 19. nr. 8. pag. 570. *Edm.* Martene de antiquis ecclesiae ritibus. P. II. Lib. I. Cap. IX. Art. I. §. 7. pag. 599. Schenkl Institution. iuris eccles. P. II. §. 667. *J. H.* Boehmer ad. cap. 3. X. de secund. nupt. Not. 24. Tom. II. Corp. iur. can. pag. 695. *Xav.* Gmeiner Institut. iur. eccles.

Man beruft sich auf die Verordnung des Pabstes Urban III. in dem *Cap. 5. X. de secund. nupt.* welches also lautet:

Vir autem, vel mulier, ad bigamiam transiens, non debet a presbytero benedici: quia, cum alia vice benedicti sint, eorum benedictio iterari non debet.

Allein es ist dieses weder eine Strafe der zweyten Ehe, noch von der gemeinen Benediction oder Trauung zu verstehen, welche bey allen Ehen vorgeschrieben ist; sondern es wird unter der benedictio, welche bey der zweyten Ehe nicht wiederholt werden soll, eine gewiße Förmlichkeit verstanden, welche bey den Katholiken nach verrichteter Trauhandlung noch hinzugefügt zu werden pflegt, und in einem Gebet besteht, wodurch der Priester dem Brautpaar allen Segen von Gott, dem Stifter des Ehestandes, und Christo, dem Einsetzer des Sacraments der Ehe, erflehet[49]. Eine Menge solcher Benedictionsformeln aus den Ritualbüchern der römischen und griechischen Kirche, führt Heinrich Christoph Hochman[50], und aus den

Tom. II. §. 389. Schol. Pehem Praelect. in ius eccles. univ. P. II. §. 558. Ferd. Walter Lehrbuch des Kirchenrechts. §. 207.

49) Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. VII. Qu. 2. pag. 197 sq. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 415. Not. a. *Jo. Christph.* Koch Commentat. de secundis nuptiis non benedicendis. (*Opusc. iur. can.* Nr. V.) Ant. Michl Kirchenrecht. §. 85. S. 388. *Franc. Wilh. Ant.* Gambsjaeger ius eccles. §. 239.

50) De benedictione nuptiarum Commentat. (*Altdorfii* 1685. 4.) Cap. V. §. 22 — 28.

Ritualbüchern der französischen Kirchen Edmund Martene [51]) an. Auch Joh. Christoph Koch [52]) hat zur Erläuterung eine solche Formel aus der Agende der Mainzer Kirche vom J. 1590. beygebracht, welche folgendermassen lautet:

Deus Pater, Deus Filius, Deus Spiritus Sanctus, trinus et unus, vobiscum sit, et ipse coniungat vos, impleatqne benedictionem suam in vobis. Crescite et multiplicamini, et replete terram; et benedictio Dei omnipotentis, Patris, et Filii, et Spiritus Sancti, descendat super vos, et maneat semper. Amen.

Diese Benediction ist es nun, welche nach der Verordnung des Pabstes Urban III. bey der zweyten Ehe nicht wiederholt werden soll, wenn sie entweder beyde neue Ehegatten schon bey der ersten Ehe erhalten haben, oder wenigstens einer von beyden, weil man ihr eine fortdauernde Kraft zuschreibt, welche der Benedicirte auch dem Nicht-Benedicirten mittheilt [53]). Daher sagt Durandus [54]): Non ergo debent nuptiae benedici, nisi ubi virgo cum virgine contrahit. In der protestantischen Kirche findet zwischen der erstern und zweyten Ehe

51) De antiquis Ecclesiae ritibus. P. II. Lib. I. Cap. IX. Art. 5. pag. 614—663.

52) Opusc. iur. canon. pag. 93 sq.

53) S. Berardus c. l. pag. 197 sq. *Paul. Jos. a* Riegger Institution. iurisprud. eccles. P. IV. §. 237. Schott Eherecht. §. 238. Not. **. Michl Kirchenrecht a. a. O. und Koch cit. Opusc. pag. 91. et pag. 95.

54) Rationale. Lib. I. cap. 9.

in Ansehung der priesterlichen Einsegnung kein Unterschied Statt [55]); und auch selbst die Praxis der katholischen Kirche hält sich nicht mehr so genau an jene Vorschrift des canonischen Rechts [56]).

II. Die besondern Nachtheile der wiederholten Ehe sind wieder verschieden.

A. Einige derselben betreffen blos den Wittwer. Dahin gehört,

1) daß der Vater, wenn er den Kindern vermöge der letzten Willensverordnung eines Dritten Vermächtniße oder Fideicommiße unter einer gewissen Bedingung oder nach Ablauf einer gewissen Zeit auszuzahlen hat, ihnen deshalb Caution bestellen muß, wenn er zur zweyten Ehe schreitet, wovon er sonst frey ist.

Nov. XXII. *Cap.* 41. Placet vero nobis *Zenonis* piae memoriae constitutio, quae vult, ut a *patre*, si filio suo legatum sub conditione aut die praestare iubeatur, non aliter cautio de praestandis legatis exigatur, (haec scilicet, quae *legatorum servandorum causa* vocatur,) quam *si pater secundas nuptias contraxerit.* Sit enim et haec *poena secundas nuptias contrahentium.*

55) Hochmann Commentat. cit. de benedictione nuptiar. Cap. IV. §. 27. pag. 137 sq. und *J. H.* Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 21. §. 14.

56) *Franc.* Schmier Jurisprud. canonico-civil. Tom. III. Lib. IV. Tr. II. Cap. IV. Sect. III. nr. 139. Schenkl Instit. iur. eccles. P. II. §. 667. Koch cit. Commentat. §. 8. (in *Opusc.* pag. 97.)

Justinian bestätiget hier die Verordnung des Kaisers Zeno vom J. 489. vermöge welcher Kinder, die von ihren Eltern zu Erben eingesetzt worden, denen aber die Verbindlichkeit aufgelegt ist, die Erbschaft auf den Fall, da sie ohne Descendenten versterben sollten, ihren Geschwistern zu restituiren, oder auch wenn sie die Erbschaft ihren Kindern oder Enkeln und so weiter herausgeben sollen, zu keiner cautio fideicommissorum servandorum causa verbunden sind, es sey denn, daß dieses der Testator ausdrücklich verordnet habe, oder daß sie zur zweyten Ehe geschritten seyen. Es ist die *L.* 6. *Cod. ad SCtum Trebellian.* in welcher es §. 1. heißt:

In supradictis autem casibus *fideicommissorum servandorum satisdationem* cessare iubemus, si non specialiter eandem satisdationem testator exigi disposuerit, et cum pater vel mater secundis existimant nuptiis non abstinendum. In his enim duobus casibus, id est, cum testator specialiter satisdari voluerit, vel *cum secundis se* PATER *vel* MATER *matrimoniis iunxerit, necesse est, ut eadem satisdatio pro legum ordine praebeatur.*

Nach dieser Verordnung des Kaisers Zeno soll also nicht blos der Vater, sondern auch die Mutter zur cautio fideicommissorum servandorum verbunden seyn, wenn sie zur andern Ehe schreitet [57]. Da nun Justinian diese Verordnung bestätigt hat, so behaupten mehrere

57) S. *Jac.* Cujacius Recitat. solemn. ad L. 6. C. ad SCtum Trebellian. und *Jac.* Voorda Interpretat. et Emendation. iuris Rom. Lib. III. Cap. 2.

Rechtsgelehrten [58]), es sey dies eine gemeine Strafe der zweyten Ehe. Diese Meynung scheint auch die letzteren Worte des angeführten Kap. 41. für sich zu haben: ἔστω γὰρ καὶ τοῦτο τοῖς δευτερογαμοῦσιν ἐπιτίμιον. Allein da Justinian doch ausdrücklich nur des Vaters, und zwar wiederholt, gedenkt, obwohl die Verordnung des Kaisers Zeno von beyden Eltern spricht; so beschränken die meisten Rechtsgelehrten [59]) diese Strafe jetzt nur auf den Vater. Daß man auch die Novelle blos vom Vater allein verstanden habe, beweisen die Scholien der Basiliken [60]). Theodor sagt nämlich: δευτερογάμος ὁ πατὴρ ἀπαιτεῖται ὑπὸ τοῦ ἰδίου παιδὸς ληγαταρίου ὄντος τῶν ληγατορουμ σερβανδόρουμ ἱκανοδοσίαν. εἰ γὰρ μὴ δευτερογαμήσει, οὐκ ἀπαιτεῖται τὴν τοιαύτην ἀσφάλειαν. i. e. *Pater, qui ad secundas nuptias transit, filio suo satisdationem legato-*

58) *Hub.* Giphanius Explanat. difficilior. LL. Cod. ad L. 6. Cod. de secund. nupt. pag. 386. Pothier Pandect. Justin. Tom. II. Lib. XXXVI. Tit. 3. Nr. VI. pag. 550. a Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCVII. medit. 3. Hufeland Lehrbuch des Civilrechts. 2. B. §. 1257. Schweppe römisches Privatrecht. §. 900.

59) Cujacius Exposit. Nov. XXII. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 137. Rittershusius Jur. Justinian. P. IV. Cap. 6. nr. 6. *Pet.* Gudelinus Commentarior. de iure novissimo Lib. I. cap. 12. §. Porro in fin. pag. 32. *Jo. Gottl.* Siegel Diss. de cautione fideicommissorum nomine praestanda *Lips.* 1728. §. 14. Alssen Diss. cit. de eo, quod hodie iuris est circa poenas sec. nupt. scriptas. §. 11. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. II. §. 1601. Thibaut Syst. des Pand. R. 1. B. §. 393.

60) Tom. IV. pag. 493. Schol. u.

rum servandorum causa praestat. Si enim secundas nuptias non contraxerit, cautionem eiusmodi non praestat. Warum indessen die Mutter, wenn sie zur andern Ehe schreitet, von dieser Caution befreit seyn soll, davon läßt sich kein hinlänglicher Grund angeben. Spricht gleich Justinian hier blos vom Vater, so ist doch auf Seiten der Mutter gewiß derselbe Grund vorhanden; und dann sagt es ja Justinian[61]) ausdrücklich: *secundo nubentium poenae communes sunt viro et mulieri*, nämlich diejenigen, welche das Beste der Kinder der ersten Ehe zum Zweck haben. Dem sey indessen, wie ihm wolle, so ist es offenbar unrichtig, wenn mehrere Rechtsgelehrten[62]) diese Cautionsleistung blos auf den Fall beschränken wollen, wenn ein wahrscheinlicher Grund des Verdachts gegen den parens binubus vorhanden sey. Denn von einer solchen Einschränkung enthält die Verordnung des Kaisers Zeno, welche Justinian hier bestätiget hat, nichts. Es würde auch der Begriff einer Strafe der zweyten Ehe, wofür doch Justinian in der Nov. 22. Kap. 41. diese Cautionsleistung ausdrücklich erklärt, wegfallen, wenn man eine solche Einschränkung annehmen wollte. Denn wenn der Vater auch nicht zur andern Ehe schreitet, so würden dennoch die Kinder auf Verfügungen zu ihrer Sicherheit antragen können, wenn der Vater das Fideicommiß unredlich verwaltet[63]).

61) *Nov.* 2. *Cap.* 2. §. 1. und *Nov.* 22. *Cap.* 23.

62) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCCVII. medit. 3. und *Jo. Sam. Frid.* Boehmer Diss. de poenis secundar. nuptiar. genuinis et spuriis. §. 7.

63) *L.* 50. *D. ad SCtum Trebell. L.* 7. *D. Ut legator. et fid. causa cav.* S. *Jac.* Cujacius Commentar. in

2) Nach dem römischen und canonischen Rechte kann auch kein bigamus zum Priester ordinirt werden [64].

B. Besondere Nachtheile der zweyten Ehe für die Wittwe sind

1) die Strafen, welche das Römische Recht über sie verhängt, wenn sie während des Trauerjahrs, ohne erhaltene Dispensation, sich wieder verheyrathet. Von dem Trauerjahre der Wittwen, und den besondern Gründen desselben ist schon an einem andern Orte [65]) ausführlich gehandelt worden. Ich bemerke hier nur noch, daß die römischen Rechtsgelehrten den dort angegebenen doppelten Grund durch die Ausdrücke *lugere* und *elugere* unterscheiden [66]). Maritus *elugetur* propter turbationem sanguinis, d. h. die Wittwe muß ein Trauerjahr halten, zur Verhütung der Ungewißheit der Paternität, welche aus einer zu frühen Wiederverheyrathung entstehen

libr. XI. Quaestion. Papiniani ad h. L. (oper. postumor. a *Fabroto* editor. Tom. I. pag. 321.) *Ant.* FABER Jurisprud. Papinian. Tit. VIII. Illat. 4. pag. 301. et Illat. 6. pag. 326. und Westphal's Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. §. 972. und 973.

64) *Nov. XXII. cap. 42. Nov. CXXXVII. c. 1. et 2. Can. 1. et 2. Dist. XXXIII. Cap. 2. et 3. X. de bigamis non ordinandis.*

65) S. den 5. Th. dieses Commentars. §. 379. S. 178. ff. und Th. 22. §. 1191. S. 393. Not. 24.

66) *L. 1. L. 11. §. 1 et 3. D. de his, qui notant. infam.* SENECA *Epist.* 63. TACITUS *de morib. Germanor.* Cap. 27.

würde [67]. *Lugetur* maritus more maiorum ab uxore propter honestatem et reverentiam defuncto marito debitam, induendo lugubria; d. h. die Wittwe betrauert den Mann aus Achtung durch Anlegung der Trauerkleider und Enthaltung alles dessen, was bey dieser Trauer für unschicklich gehalten wird [68]. Das Erste kann Statt finden, wenn auch das Letzte wegfällt, weil sich z. B. der Mann entleibte, oder als Missethäter starb. Ulpian hat dieses genau unterschieden, wenn er *L.* 11. § 1. *et* 3. *D. de his, qui infamia notant.* sagt: Etsi talis sit maritus, *quem more maiorum lugeri non oportet*, non posse eam nuptum intra legitimum tempus collocari. Praetor enim ad id tempus se retulit, quo vir elugeretur, *qui solet elugeri propter turbationem sanguinis.* — Non solent autem *lugeri*, ut Neratius ait, hostes, vel perduellionis damnati:

67) Brissonius de Verb. iur. Signif. Voc. *elugere* sagt: *Elugere* est tempus luctus explere. Eben so erklärt dieses Wort auch Gentilis de secundis nuptiis. Cap. 18. pag. 125. *Elugere*, sagt er, spectat ad tempus anni, quo abstinere nuptiis debet mulier, *licet non lugeat*, et debet ideo, quia turbatio sanguinis metuitur.

68) *L.* 8. *D. eodem.* Paulus *Sentent. Receptar.* Lib. I. Tit. 2. §. 14. Qui *luget*, abstinere debet a conviviis, ornamentis, purpura, et alba veste. S. Brissonius voc. *Lugere.* Gentilis c. l. pag. 124. *Ant.* Schulting Jurisprud. vet. Antejust. pag. 265. *Jac.* Gutherius de iure manium. Lib. III. cap. 28. *Pagan.* Gaudentius Additam. critic. Cap. 29. (Tom. III. *Thes. I. R. Otton.* pag. 407.) *Herm.* Cannegieter Observation. iur. Rom. Lib. I. cap. 4. und *Ger. van* Brandwyk Diss. de luctu. *Lugd. Batavor.* 1726.

nec suspendiosi [69]), nec qui manus sibi intulerunt, non taedio vitae, sed mala conscientia. Si *quis* [70]) ergo, post huiusmodi exitum mariti, nuptum se collocaverit, infamia notabitur.

Eilt nun die Wittwe vor Ablauf der gesetzlich bestimmten Trauerzeit zur andern Ehe; so sagen die Gesetze von ihr, quod *luctus religionem* [71]) priori viro

69) *Suspendiosi* heißen hier nicht diejenigen, welche sich erhängt haben, wie es einige erklären; denn von Selbstmördern ist erst nachher die Rede, sondern diejenigen werden hier *suspendiosi* genennt, qui sunt in patibulo suspensi et cruci affixi. S. *Pet.* FABER Semestrium Lib. II. cap. 9. pag. 114. und *Nic.* SMALLENBURG ad Ant. *Schultingii* Notas ad Dig. Tom. I. (*Lugd. Batav.* 1804. 8.) pag. 418. not. 2.

70) Cod. Erlang. Si *qua*. Eben so Haloander, Miräus, Chevallon, Baudoza, und Merlinus. Dennoch giebt NOODT Comm. ad Dig. Lib. III. Tit. 2. §. Exposui. Tom. II. *Operum* pag. 81. der florentinischen Leseart den Vorzug. Das quis für quae sucht auch *Jo.* CANNEGIETER Disquisit. de Notis. pag. 349. zu rechtfertigen.

71) Der Ausdruck luctus religio deutet wohl unstreitig auf eine dem verstorbenen Manne schuldige Verehrung hin. Die Alten knüpften aber auch die Idee eines religiösen Aberglaubens daran; sie glaubten nämlich, die Asche des Verstorbenen könne nicht ruhen, und die Manen desselben irrten herum, ja ließen ihren Zorn sogar gegen das neue Ehepaar aus, wenn man nicht die Trauerzeit aushalte, wie man aus einer Stelle des APULEIUS *Metamorphos.* Lib. VIII. Cap. *Ecce rursus.* pag. 150. (edit. *Alteburg.* 1778. 8.) sieht, wo die Wittwe dem zu frühen Heyrathsandrange ihres Bräutigams damit zurückweißt, sie müsse um ihrer Ehre (ob pudorem suum) und

haud praestiterit. Die gesetzlichen Strafen, welche sie treffen, sind folgende. Sie wird infam; eine Strafe, welche schon der Prätor in seinem Edict bestimmt hat [72]), durch die Verordnungen der Kaiser Gratian, Valentinian II. und Theodos I. aber wieder bestätiget, und dahin erweitert wurde, daß sie mit einem gänzlichen Verlust aller Vorzüge ihres Standes verknüpft seyn [73]) und selbst vom Kaiser nicht soll nachgelassen werden können [74]). Nur alsdann, wenn sie den Kindern erster Ehe die Hälfte ihres

um seines eigenen Wohls willen (tuum salutare commodum) die noch übrigen Monate des Trauerjahrs vollends abwarten, *ne forte immaturitate nuptiarum, indignatione iusta, manes acerbos mariti ad exitium salutis tuae suscitemus.* S. *Matth. Roever* Specim. ad loca quaedam iuris civ. depravata. (*Lugd. Bat.* 1739.) Cap. IX. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. select. in Acad. Belgic. habitar.* Vol. I. Tom. I. pag. 168. sq.)

72) *L.* 1. *D. de his, qui not. infam.*

73) *L.* 2. *C. de secund. nupt.*

74) *L.* 1. *Cod. Theod. eodem.* — Et sciat, nec de nostro beneficio, vel adnotatione, sperandum sibi esse subsidium. Diese Worte hat jedoch Tribonian in der daraus entlehnten *L.* 2. *C. Just. eodem* weggelassen. Dahingegen heißt es in einer andern Verordnung eben dieser Kaiser, *L.* 4. *C. Just. ad SCtum Tertull.* vom J. 380. Si qua mulier nequaquam *religionem* priori viro, ex quo filios, seu filias non habet, nuptiarum festinatione praestiterit, ex iure quidem notissimo infamis fit, *nisi huiusmodi maculam imperiale beneficium ei remittat.* S. *Jac.* Gothofredus Comm. ad. L. 1. Cod. Theod. de secundis nuptiis. Tom. I. pag. 324. edit. *Ritter.*

Vermögens abtritt, soll eine Abolition möglich seyn [75]. Sodann darf sie ihrem zweyten Manne nicht über ein Drittel ihres Vermögens auf irgend eine Weise zuwenden, es geschehe durch Bestellung einer dos, oder durch Testament. Alles was ihr in einem letzten Willen hinterlassen wird, es seyen Erbschaften, Vermächtnisse, oder Fideicommisse, oder was ihr von Todes wegen geschenkt wird, ist zum Vortheil der Testaments- oder Intestaterben ungültig. Auch was ihr von ihrem ersten Manne hinterlassen worden ist, verliert sie, und fällt zuerst an die decem personas, die der Prätor in seinem Edict aufzählt, d. i. an die Ascendenten, und Descendenten, aus der Seitenlinie aber bis zum zweyten Grade; hiernächst, wenn keine von diesen vorhanden ist, an den Fiscus. Endlich soll sie auch zur Intestaterbfolge nur bis zum drittten Grade zugelassen werden [76]. Justinian hat alle diese Strafen be-

75) *L. 4. Cod. ad SCt. Tertull.* Sin autem ei filii erunt, seu filiae, et impetraverit indulgentiam, infamiae abolitionem permittimus, et caeterarum poenarum antiquationem, *si facultatum omnium, quae fuerunt tempore nuptiarum, medietatem filio, vel filiae, filiis, seu filiabus donarit, quos habebat ex viro priore susceptos, pure scilicet et omni donationis solennitate completa, nec retento quidem usufructu.*

76) *L. 1. Cod. Just. de secund. nupt.* S. *Jac.* Cujacius Recitation. solenn. in Cod. ad Tit. 9. libri V. de secund. nupt. L. 1. et 2. *Conr.* Rittershusius Jur. Justinian. P. IV. Cap. 3. nr. 6 — 17. *Pet.* Gudelinus Commentarior. de iure novissimo. Lib. I. cap. 12. pag. 30. *Scip.* Gentilis de secund. nupt. Cap. 18. *Greg.* Majansius Diss. de viduarum luctu. §. 26. (in *Eius* Disputat. iur. Tom. II. §. 197 sqq.) *J. H.* Boeh-

stätiget, und solche in der Nov. *XXII.* Cap. 22. folgendermassen zusammengefaßt.

Quodsi vero quidam prioribus nuptiis non contenti ad secundas transeant, illi a lege considerari debent vel ut tales, qui ex prioribus nuptiis liberos non habent, habent vero ex secundis, vel contra qui ex secundis quidem nullos susceperunt liberos, susceperunt vero ex primis, vel ex utrisque liberos non habent, vel ex utrisque habent. Si igitur ex primo, vel etiam utroque matrimonio liberos non habeant, non est, ut de secundis nuptiis laboremus. Sed viri quidem ab omni observatione plane liberi erant, mulieres vero solum intra anni spatium ad secundum venire matrimonium metuent; aut sciant, quod si tale quid fecerint, et immaturas nuptias contraxerint, poenas sustinebunt, alias quidem, si ex priori matrimonio nullos habeant liberos, maiores vero, si liberos habeant. Nulla enim existente prole infamia statim sequetur, et mulier ob festinatas nuptias omnino infamis erit, neque quicquam eorum accipiet, quae a priore coniuge illi relicta sunt, neque donatione propter nuptias fruetur, neque secundo marito ultra tertiam substantiae suae partem dabit [77]. Sed nec liberalitatem ab extraneo

MER Diss. de secundis nupt. praecipue illustrium personar. §. 44—46.

77) Wie wenn sie ihm dennoch zum Universalerben eingesetzt hätte? Das Testament wird darum nicht ungültig seyn, sondern der Mann bekommt hier ex testamento mehr nicht, als $\frac{1}{3}$; im Uebrigen tritt die Intestaterbfolge

percipiet, nec ab ullo extraneo aut hereditatem, aut fideicommissum, aut legatum, aut mortis causa donationem omnino accipiet: sed illa venient, aut manebunt apud heredes defuncti, vel etiam coheredes eius, si quidem omnino heres esse potuit, ipsa nullam exinde utilitatem habente. Sed si alii heredes scripti adsint, vel etiam ab intestato vocentur, ad eos pervenient, quae mulieri illi relicta sunt. Non enim fiscus ea vindicabit, (ne forte videamur haec corrigentes commodis fisci providere,) sed illa quidem, quae ab extraneis illi relicta sunt, ad alios venient: quae vero a priore marito, haec illi ablata pervenient ad decem personas marito, qui ea reliquit, cognatione iunctas, et Edicto comprehensas; hoc est, ascendentes, et descendentes, et collaterales usque ad secundum gradum [78]), gradibus in suo ordine servandis; quibus non existentibus, ad aerarium devolventur.

§. 1. Quin neque ab intestato hereditatem cognatorum suorum remotiorum adibit, sed usque ad tertium solum gradum ubique inspiciendum

ein. *L.* 55. *in fin. D. de legat. II.* S. Cujacius Recitat. ad L. 1. Cod. de secund. nupt. und Majansius cit. Diss. §. 28. pag. 199. Sind aus der vorigen Ehe Kinder da, so geht es nach der Verordnung der *L.* 6. *C. de secund. nupt.*

78) Wer diese decem personae sind, die der Prätor in seinem Edict dem extraneus manumissor vorzog, sagt §. 3. *I. de bonor. poss.* Man vergleiche auch meine Erört. der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 93.

successio eius sistetur: remotiores autem alios habebunt heredes. Et quae praeter alias poenas illi infertur, infamia scilicet, siquidem nullos ex priore matrimonio habeat liberos, remittitur, *Imperatore per litteras id iubente:* si vero liberi cuiuscunque sexus adsint, licebit quidem illi *infamiae causa* [79]) Imperatori supplicare, nullam vero ex rescripto capiet utilitatem. Si tamen velit *ex indulgentia principis* [80]) aliquam percipere utilitatem, et a reliquis poenis liberari, liberis prioris matrimonii dimidiam substantiae suae partem pure et sine ulla exceptione donet, ita ut ne usumfructum quidem retineat: sed totius substantiae suae, quam habebat, cum ad secundum veniret matrimonium, dimidiam, sicut diximus, partem liberis ante natis cedat. Atque hanc liberi ex aequo divident, et si liberos habent, ad liberos suos transmittent. Oportet enim et veteribus legibus quaedam addere. Sin autem non habeant, defuncti vel defunctorum partes omnes eorum fratres pro rata portione capient [81]). Si vero omnes mortui sint, habeat mater hoc infelicitatis suae solatium, quod

79) Im griech. Text ὑπὲρ τῆς ἀτιμίας, *pro abolenda infamia.*

80) Scrimger hat ἐκ τῆς βασιλείας. Haloander ἐκ διατάξεώς. *Basilica* T. IV. pag. 456. ἐκ βασιλέως.

81) In den *Basilic.* Tom. IV. pag. 457. stehen noch die Worte: οὐ προτιμώμενοι τῆς μητρὸς εἰς τὴν ἄλλην οὐσὶαν τοῦ τελευτήσαντος παιδὸς, ἢ τῶν τελευτησάντων. i. e. *matri non praelati in reliquis bonis defuncti filii, defunctorumve.*

ista recipiet [82]). Atque haec dicimus, si liberi intestato mortui sunt. Non enim prohibemus, quominus testamenta faciant de iis, quae semel ipsorum facta sunt, vel inter vivos, quo velint modo, disponant. Hae igitur poenae illis, quae intra tempus luctus nupserunt, immineant: et tres de his antea scriptas constitutiones haec nostra lex hac una accessione, ut decet, aucta protulit.

Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Strafen sind die Ansichten der Rechtsgelehrten sehr verschieden. Darin sind alle einverstanden, daß die Strafe der Infamie durch das canonische Recht aufgehoben sey [83]). Allein ob dieses auch von den übrigen Strafen des verletzten Trauerjahrs

82) In den Basiliken findet sich noch der Zusatz: δηλαδὴ τοῦτο τὸ ἥμισυ, ὅπερ τοῖς παισὶν, ἢ ταῖς θυγατράσιν ἐδωρήσατο. i. e. *hanc scilicet dimidiam partem, quam filiis aut filiabus donavit.* Auch der griechische Scholiast Theodor hat diesen Zusatz Sch. b. pag. 489. und fügt noch zur Erläuterung hinzu: σὺ γάρ οὕτω νόει τὸ ῥητὸν τῆς πάσης διατάξεως, καὶ μὴ εἴπῃς ὡς ἕτεροι δοξάζουσιν, ὅτι ἄλλων παίδων μὴ ὑπόντων κληρονομεῖ τὸν μόνον ὑπολειφθέντα υἱόν αὐτῆς ἡ δευτερογαμοῦσα πρὸ τοῦ πενθίμου χρόνου εἰς τὸ πᾶν τῆς ἄλλης καὶ ὅλης αὐτοῦ περιουσίας. i. e. *Sic enim intellige, quod dicit haec constitutio: nec dixeris, ut quidem sentiunt, quod si non existant alii liberi, succedit, quae secundo nupsit intra annum luctus, ei, qui solus remansit ex liberis, in reliquis eius bonis.*

83) Die hierher gehörigen Texte des canon. Rechts, *Cap.* 4. *et* 5. *X. de secund. nupt.* sind schon an einem andern Orte dieses Commentars Th. 5. §. 379. S. 184. Not. 9. vorgekommen.

gelte, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere [84]) bezweifeln dieses aus dem Grunde, weil die Beobachtung des Trauerjahrs auf einer natürlich unabänderlichen Anständigkeit beruhe, wogegen der Apostel Paulus, auf den sich die Päbste in ihren Verordnungen berufen, nichts gelehrt habe. Es lasse sich auch von der Erlassung der Strafe der Infamie auf die Aufhebung der übrigen Strafen kein gültiger Schluß machen, weil jene blos die Ehre und den guten Namen der Wittwe angreift, welche ihr wohl habe erlassen werden können; allein die Erlaßung der übrigen Strafen würde in die Rechte der Kinder, oder anderer Verwandten eingreifen, und diesen zum Nachtheil gereichen. Allein dieser Meinung wird mit Recht von Andern [85]) widersprochen. Denn haben die Päbste der Wittwe

84) Cujacius Recitation. solenn. ad L. 1. Cod. de secund. nupt. Gentilis de secundis nuptiis. Cap. 18. p. 142 sq. *Jo.* Sichardus Praelection. in Cod. ad Rubricam Tit. 9. Libri V. de sec. nupt. nr. 14. et 15. Berardus Commentar. in ius eccles. univ. Tom. III. Diss. IV. Cap. 7. pag. 141. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 19.

85) *Lud.* Engel Colleg. univ. iuris canon. Lib. IV. Tit. 21. §. Sunt vero. *van* Espen iur. eccles. univ. P. II. Sect. I. Tit. 15. Cap. 3. nr. 12. *Ant.* Faber Cod. definition. for. Lib. V. Tit. 5. Definit. 1. *Franc.* Schmier Jurisprud. canon. civ. Tom. III. Lib. IV. Tr. II. Cap. 4. Sect. 3. §. 2. nr. 150. Boehmer iur. eccles. Protest. Tom. IV. Lib. IV. Tit. 21. §. 17. Püttmann Probabil. iuris civ. Lib. I. cap. 17. Alssen Diss. de eo, quod hodie iuris est circa poenas secundis nuptiis scriptas. §. 29. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 510. Pehem Praelection. in ius eccles. univ. P. II. §. 557. *Ant.* Schmidt Institut. iuris eccles. Germ.

einmal die Strafe der Infamie aus dem Grunde erlassen, weil der Apostel Paulus sagt, die Frau sey von dem Gesetz des Ehestandes entbunden, wenn der Mann stirbt, und könne heyrathen, wen sie wolle [86]; ihre Erklärung und Anwendung dieses Ausspruchs mag nun hermeneutisch richtig, oder unrichtig seyn; so wäre es ja widersprechend ja widersinnig gewesen, sie doch noch irgend einer der übrigen Strafen zu unterwerfen, welche das römische Recht auf die Verletzung des Trauerjahrs gesetzt hat. Man wird sich davon noch mehr überzeugen, wenn man die Verordnung des Pabstes Innocenz III. von welcher uns Raymund in dem *cap. 5. X. de secund. nupt.* nur einen Auszug gegeben hat, bey Böhmer [87] in ihrer Ergänzung vergleicht. Merkwürdig sind die Worte, welche Raymund weggelassen hat. Cum igitur ad secunda disponas vota transire, sciens, *quod nubere melius est, quam uri;* tuum in domino propositum commendamus *et ne id tibi, vel ei, qui te duxerit, in iacturam, vel infamiam, ab aliquo imputetur,* auctoritate praesentium expressius inhibemus: *cum concessam tibi ab Apostolo nubendi, tantum in domino, liberam habeas facultatem.* Aus diesen Worten erhellet klar, daß die Wittwe, welche vor Ablauf des Trauerjahrs zur andern Ehe schreitet, gegen allen Nachtheil (iactura), den sie sonst noch, außer der Infamie, nach dem römischen Recht zu befürchten haben würde, unter dem Schilde des

Tom. II. §. 120. Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Obs. 529. Schweppe Roem. Privatrecht. §. 721.

86) *I.* Korinth. *VII. v.* 39.

87) Corp. iur. canon. Tom. II. pag. 696.

Apostels geschützt seyn soll. Daran aber dachte wohl weder Innocenz III. noch sein Vorgänger Pabst Urban III. hiermit alle Strafen der zweyten Ehe, und also auch diejenigen aufzuheben, welche das römische Recht zu Gunsten der Kinder erster Ehe verordnet hat. Man würde ihren Worten, die so bestimmt nur von der Ehe intra tempus luctus sprechen, offenbar Gewalt anthun, wenn man sie soweit ausdehnen wollte [88]. Man würde auch die Praxis gegen sich haben, welche die heutige Anwendung dieser Strafen durch so viele Urtheilssprüche bewährt, daß sich dieselbe, wenigstens außerhalb Sachsen [89], mit zureichenden Gründen nicht bestreiten läßt [90]. Es läßt sich sogar aus guten Gründen behaupten, daß selbst das canonische Recht die Strafen der Eingehung einer zweyten Ehe vor Ablauf des Trauerjahrs in dem Falle nicht habe aufheben wollen, da die Wittwe während der Trauerzeit Unzucht begeht. Das römische Recht [91] läßt hier die Strafen des

88) Gleichwohl ist *Mich. God.* WERNHER Lectissimar. Commentation. ad Pand. Tom. II. h. t. §. 18. anderer Meinung, dessen unbedeutenden Gründe aber schon MÜLLER Observat. pract. ad Leyserum Tom. III. Obs. 526. widerlegt hat.

89) In Sachsen gelten die Strafen der zweyten Ehe nicht. CARPZOV P. II. Const. XLIII. Def. 17. BERLICH P. III. Conclus. XXIX. nr. 46. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 5.

90) S. *Jo. Ulr. de* CRAMER Observation. iur. univ. Tom. IV. Obs. 1019. pag. 53 sq. *de* CANNGIESSER Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. CX. nr. 169 sq. Ge. Ludw. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 2. B. Nr. 105. Qu. 2. n. 30. S. 89. Man s. auch oben Not. 9. S. 162.

91) *L. 7. in fin. C. de revocand. donat. Nov. XXXIX. Cap. 2.*

verletzten Trauerjahrs, als sich von selbst verstehend, in ihrer ganzen Strenge eintreten; und das canonische Recht hat hierin nichts geändert. Denn da die angeführten Verordnungen der Päbste ausdrücklich eine solche Wiederverheyrathung der Wittwe voraussetzen, welche, wie der Apostel Paulus sagt, *ἐν κυρίῳ*, in dem Herrn geschieht; so würde man ihnen in der That eine mehr als widersinnige Auslegung des Apostels aufbürden, wenn man dieselben auch auf die während des Trauerjahrs begangene Unzucht einer Wittwe deuten wollte [92].

Noch bemerke ich, daß wenn gleich das Trauerjahr der Wittwe eigentlich nur bey einer Trennung der Ehe durch den Tod des Mannes Statt findet; die Gesetze der Frau doch auch bey der Scheidung ein Jahr vorgeschrieben haben, welches sie bis zu ihrer Wiederverheyrathung abwarten muß, jedoch nur die Besorgniß zum Grunde hat, daß sie sich von dem geschiedenen Mann schwanger befinden könnte. Es erhellet dies aus der Verordnung der Kaiser Theodos und Valentinianus *L.* 8. §. 4. *Cod. de repudiis*, wo es heißt: Si vero causam (sc. repudii) probaverit intentatam: tunc eam et dotem recu-

92) Man vergleiche Gudelinus Commentar. de iure novissimo. Lib. I. cap. 12. §. Utrum. in fin. pag. 33. *Ge.* Beyer Diss. de concubitu intra tempus luctus. *Lips.* 1700. Cap. 3. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 214. §. 2. *Jo. Frid.* Sarnighausen Diss. de poena concubitus intra annum luctus privata, per cap. penult. et ult. X. de secundis nuptiis non abrogata. *Goetting.* 1775. Fried. von Bülow u. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. B. Erört. LX. und Schweppe röm. Privatrecht §. 722.

perare, et ante nuptias donationem lucro habere, aut legibus vindicare censemus, et *nubendi post annum ei, ne quis de prole dubitet, permittimus facultatem.* Nach einer Verordnung des Kaisers Anastasius *L. 9. C. eodem.* soll dieses Wartejahr auch in dem Falle gelten, wenn sich die Ehegatten mit beyderseitiger Einwilligung (bona gratia) getrennt haben. Doch findet man nicht, daß besondere Strafen auf die Nichtbeobachtung dieses Wartejahrs wären gesetzt worden.

2) Die Mutter verliert die Erziehung ihrer Kinder erster Ehe, auch die über sie geführte Vormundschaft, wenn sie sich anderweit verheyrathet.

L. 1. Cod. Ubi pupilli educari debeant. Imp. Alexander. Educatio pupillorum tuorum nulli magis, qnam matri eorum, *si non vitricum eis induxerit*, committenda est.

Nov. XXII. Cap. 38. Illud quoque ab eodem Imperatore (*Alexandro*) constitutum invenimus, et dignum existimavimus, ut pars legis nostrae fieret, quoniam mater ad liberorum educationem magis idonea videtur, lex ei quoque hoc tribuit, *nisi ad secundas venerit nuptias.*

Hatte die Mutter, bey Uebernehmung der Vormundschaft, der zweyten Ehe eidlich entsagt, und sie schreitet dennoch, uneingedenk dieses Eides, zur zweyten Ehe, ohne vorher um die Bestellung eines andern Vormundes gebeten, Rechnung abgelegt, und dasjenige, was sie daraus schuldig ist, herausgegeben zu haben; so soll sie nicht nur von der Erbfolge des Kindes, wenn es in der Unmündigkeit stirbt, ausgeschlossen seyn, möge sie auch der Vater

dem Kinde selbst substituirt haben; sondern sie soll auch allen den Strafen unterworfen seyn, welche diejenigen Weiber treffen, die während des Trauerjahrs zur andern Ehe schreiten. Denn da sich beyde vor der Zeit wieder verheyrathen, so verdienen sie auch gleiche Strafe. Hierher gehört die Nov. XXII. Kap. 40.

Sin autem mater liberorum, impuberum scilicet, tutelam gerat, seque secundas nuptias non inituram iuret, deinde priori coniugio et iuramento contemto, secundas nuptias, neque tutore prius petito, neque redditis rationibus, neque eo, quod exinde debet, soluto contrahat, lex non solum bona eius hypothecae iure liberis tenere permittit, verum etiam in mariti substantia hypothecam constituit, ipsam quoque a successione filii, si impubes moriatur, excludit, licet pater ex substitutione eam filio succedere voluerit. Atque haec quidem maiores nostri [93]). Nos vero miramur, quod mulieri adeo impiae, ut etiam iusiurandum ultro negligat, sicque intempestivas nuptias contrahat, tribus maximis neglectis, Deo, memoria defuncti, et amore erga liberos, adeo leves poenas irrogarint: ac illam quidem, quae ante tempus luctus nupsit, nec liberos habuit, severe puniant, imo etsi liberos non habeat, propter solam honestatem hoc agant; mulieri vero in libidinem prolapsae non easdem imposuerint poenas,

93) Justinian meint hier die Verordnungen der Kaiser Theodos und Valentinianus vom J. 439. *L.* 6. *Cod. In quib. caus. pignus vel hyp. tacite contr.* und *L.* 6. *Cod. ad SCtum Tertull.*

quas illae sustinent, quae intra tempus luctus secundum matrimonium contraxerunt. *Quare sancimus, ut mulieres, quae imposterum sic peierare ausae fuerint, praeter poenas iam constitutas, eas quoque omnes sustineant, quas ante de mulieribus nubentibus intra tempus luctus diximus, infamiam, reliquaque omnia illis irrogantes, et eandem liberationem a poenis concedentes, quam illis concessimus, scilicet, ut supplicent Imperatori, atque liberis suis dent dimidiam bonorum partem, ne usufructu quidem apud eas manente.* Et in genere, *propter immaturitatem nuptiarum, illam* aequalem facimus ei, quae *intra tempus luctus* nupsit.

Nach einer neuern Verordnung des Kaisers Justinian, *Nov. XCIV. Cap.* 2. soll zwar die bloße Entsagung der zweyten Ehe allein, nebst der Verzichtung auf die weiblichen Rechtswohlthaten, ohne Eid, genügen, wenn eine Mutter die Vormundschaft über ihre unmündigen Kinder übernehmen will; allein schreitet sie, vor Endigung der Tutel, zur andern Ehe, so soll sie nicht nur die Vormundschaft verlieren, sondern auch eben so bestraft werden, als ob sie geschworen hätte.

Quia vero admodum veremur, ne iuramenta facile per magnum Deum praestentur et violentur: propterea etiam hanc legem corrigendam putavimus, quae matres, quando liberorum tutelam suscepturae sunt, iusiurandum praestare vult, quod ad secundas nuptias non sint transiturae. — Propterea sancimus, ut idem plane, quod in matribus custodimus, secundum priorem formam obtineat, ipsaeque Vellejano Senatusconsulto et

omni auxilio renuncient, omniaque faciant, quae ante definita sunt: *iusiurandum vero non praestent*, sed sola renunciatio tum reliquis omnibus, tum etiam secundis nuptiis facta sufficiat, nullo iureiurando hac de re praestando. *Simulac tamen secundas nuptias contraxerit, a tutela expellatur, atque ea fiant, quae si iurasset, pertulisset, quod semel in iudicio mentita sit, suaeque confessioni et depositioni secundum concupiscentiam praetulerit.*

Daß zwar auch hier die Gesetze für das Beste der Kinder der erstern Ehe gesorgt haben, ist keinem Zweifel unterworfen, da die Erfahrung lehrt, daß durch Eintretung eines Stiefvaters sich insgemein die Gesinnungen der Mutter gegen die Kinder erster Ehe, und ihre Behandlungsart zu ändern pflegen [94]. Deswegen hören aber doch die in den angeführten Gesetzen bestimmten Folgen der zweyten Ehe nicht auf, Strafen zu seyn, wie Böhmer [95]) mit Unrecht in Zweifel zieht, indem ja die Gesetze die Eingehung einer zweyten Ehe vor Endigung der Tutel, der unerlaubten Ehe während der Trauerzeit völlig gleichachten [96]. Daß aber der Vater die Tutel über sein emancipirtes unmündiges Kind verliere, wenn er zur andern Ehe schreitet, sagen die Gesetze nirgends [97]. Es

94) Wie treffend ist die Schilderung in Homeri *Odyss.* Lib. VI.?

95) Diss. de poenis secundar. nuptiar. genuin. et spuriis. §. 6.

96) S. *J. H.* Boehmer Diss. de secund. nuptiis praecipue illustr. personar. Cap. I. §. 48.

97) *Scip.* Gentilis de secundis nuptiis. Cap. XIX. p. 145. und Boehmer Diss. cit. de sec. nupt. Cap. I. §. 48.

ist daher eine eigenthümliche Strafe der Mutter, an deren heutigen Anwendung sich mit Grund um so weniger zweifeln läßt [98]), da sie auch in dem canonischen Rechte bestätiget ist [99]). Jedoch behaupten unsere heutigen Practiker, es komme hierbey auf die Umstände an, und könne, bey dem bekannten guten Rufe des Stiefvaters, und bey der erprobten Fortdauer der mütterlichen Zärtlichkeit gegen die Kinder erster Ehe, der Mutter die Erziehung und bisher geführte Vormundschaft ihrer Kinder durch richterliches Decret gelaßen werden [100]).

Nach einer jedoch nicht glossirten Novelle des Kaisers Justinian, *Nov. CLV. Cap.* 1. soll auch gegen

98) S. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 13. 14. 15. Se. Jac. Fried. Meisters practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 2. Band (Göttingen 1795. 8.) Bemerk. VIII. S. 80 ff.

99) *Cap.* 67. *X. de appellat.* Verb. quod cum res, de quibus in iudicio agebatur, et praedicti filii eius sub potestate et *tutela* ipsius minime permanerent, *cum iam ad secunda* vota transiisset, super his ei non tenebatur ipsorum nomine, *quorum tutrix esse desierat*, respondere etc.

100) Stryk Us. mod. Pand. Lib. XXVII. Tit. 2. §. 2. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. P. II. eod. Libr. et Tit. §. 3. Huber Praelect. ad Pand. Tom. II. Tit. Ubi pupillus educari deb. §. 2. *Ott. Lud. de* Eichmann Diss. sist. vindicias doctrinae de cauta applicatione L. 1. C. Ubi pup. educari deb. et Nov. XXII. cap. 38. (in desselben Sammlung kleiner Abhandlungen aus der Rechtsgelehrs. Philosophie u. Oekonomie. Halle 1782. 8. Nr. XVI. S. 202—237.) Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. 1. §. 668. Not. c.

die Mutter, die als Vormünderin ihrer unmündigen Kinder zur andern Ehe geschritten, und aus Vorliebe für die Kinder der zweyten Ehe zum Nachtheil der erstern gehandelt hat, die sonst gegen die Eltern nicht Statt findende Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zugelassen werden. Der Umstand, daß die Mutter, als Vormünderin, zur andern Ehe geschritten, war hier dem Gesetzgeber, der deßelben auch ausdrücklich gedenkt: cum lex nostra nullam earum mentionem faciat, quae *tutelam liberorum suorum* suscipiunt, et *secundas nuptias* eligunt, um so weniger gleichgültig, da gerade in der Wiederverheyrathung der Mutter der Grund der nachtheiligen Behandlungsart derselben gegen die Tochter der ersten Ehe lag, welche ohne dieselbe von der natürlichen Liebe der Mutter zu ihren Kindern, aus welcher die Gesetze die Anomalie einer weiblichen Vormundschaft rechtfertigen, nicht zu erwarten gewesen wäre. Daher zählen die meisten Rechtsgelehrten [1]) auch dieses unter die Wirkungen der zweyten Ehe, daß die Kinder gegen die Mutter, als Vormünderin, Restitution erhalten können. Endlich verliert auch die Mutter durch die zweyte Heyrath.

3) noch insonderheit das Recht, die den Kindern der ersten Ehe gemachte Schenkung wegen Undankbarkeit zu revociren. In einer, jedoch sehr interpolirten Verord-

1) Cujacius Exposit. Nov. CLV. Rittershusius iure Justin. P. VIII. Cap. 7. Hilliger ad Donellum P. II. Lib. XXI. Cap. 12. pag. 835. Not. x. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCC. medit. 2. Cocceji iur. civ. controv. Lib. IV. Tit. 1. Qu. 8. in fin. Man sehe auch den 5. Th. dieses Commentars. §. 443. S. 465. Not. 23. Anderer Meinung ist jedoch Thibaut im Syst. des Pand. Rechts. 1. B. §. 393. a. E.

nung der Kaiser Constantius und Constans vom Jahre 349. so wie wir sie jetzt in dem Justinianeischen Codex, *L. 7. de revocand. donation.* [2]) lesen, heißt es: His solis matribus, *quae non in secundi matrimonii foedus nupserint*, sed unius tantum matrimonii sunt, revocandarum donationum, quas in filios fecerint, ita decernimus facultatem, si eos ingratos circa se esse ostenderint. Allein Justinian hat dieses nachher in der *Nov. XXII. Cap.* 35. dahin gemildert, daß er ihr dieses Recht in drey Fällen wieder gegeben hat, nämlich wenn sie sich über Lebensnachstellungen, oder über Thätlichkeiten, oder über Anschläge gegen ihr ganzes Vermögen zu beschweren hätte.

2) Diese Constitution ist eigentlich aus zwey Verordnungen der Kaiser Constantius und Constans zusammengesetzt, die wir im Theodosianischen Codex Lib. VIII. Tit. 13. finden; nämlich *L. 1. et 2. de revocandis donationib.* welche zusammen gehören, und ursprünglich nur eine Constitution ausgemacht haben; denn beyde sind datirt *XII. Kal. Octob.* 349. und *L. 4. eodem* vom J. 358. Nach den beyden ersten Gesetzen war ein Unterschied zwischen Vater und Mutter. Der Mutter ward nur L. 1. erlaubt, die Hälfte der Schenkung wegen Undankbarkeit der Kinder zu revociren, und auch diese nur, wenn sie römische Bürgerin, und nicht zur zweyten Ehe geschritten ist; dabey darf sie sich auch nicht schlecht aufgeführt haben. Dahingegen wird dem Vater L. 2. unbedingt das Recht gegeben, die an emancipirte Kinder gemachten Schenkungen zu wiederrufen, wenn sich diese undankbar betragen. Nachher aber ward auch der Mutter L. 4. das Recht gegeben, die Schenkung ganz zu revociren. S. *Jac.* Gothofredus Commentar. ad L. 1. et 2. et 4. Cod. Theod. de revoc. donat. Tom. II. p. 656 et 661.

Mater tamen, quae filio ex bonis suis quid donavit, *si ad secundas nuptias venerit*, praetextu ingratitudinis, quod datum est, revocare non poterit. Non enim sincero iudicio ingratitudinem obiicere videtur, sed ad secundas nuptias respiciens in eam cogitationem venisse praesumitur: *nisi manifesto probetur, filium vel matris vitae insidias struxisse, vel impias manus intulisse, vel ut totam substantiam illi auferret, aliquid contra ipsam molitum esse.*

Noch ist die Frage übrig, ob die Strafen der zweyten Ehe, welche das Beste der Kinder erster Ehe bezwecken, auch in dem Falle gelten, wenn die Ehe nicht durch den Tod, sondern durch Scheidung getrennt worden ist? Wir können diese Frage ohne Bedenken bejahen. Denn Erstens sehen die Gesetze die zweyte Ehe von der Seite an, als geschehe den Kindern der ersten dadurch Unrecht, quia omnibus simul *per secundas nuptias* iniuriam intulit, heißt es *Nov.* 2. *Cap.* 1. Der Grund ist nun ganz derselbe, die erste Ehe mag durch den Tod oder durch Scheidung getrennt seyn. Zweytens daß aber wirklich auch der Fall der Scheidung mit inbegriffen sey, beweist klar die *Nov. XXII. Cap.* 30. wo Justinian sagt:

Quoniam vero continua oratione ubivis de lucris in solutionibus, quae per mortem fiunt, sancivimus, breviter et hoc addimus, ut quaecunque parentes, *matrimonio per repudium soluto*, sive *bona gratia misso*, sive *aliter*, aut dotis aut donationis propter nuptias titulo lucrati fuerint, *haec omnia ad imitationem lucrorum, quae morte obveniant, liberis serventur.*

§. 1218.

Mosaische Eheverbote sowohl wegen der Blutsfreundschaft als Schwägerschaft, nach 3. B. Mose XVIII. und XX.

Nachdem wir bisher die mancherley Eheverbote des römischen und canonischen Rechts erklärt haben, so sind nun noch die Eheverbote des mosaischen Rechts zu erörtern übrig. Sie sind im 3. B. Moses Kap. XVIII. und XX. enthalten [3]). Um den Geist dieser Ehegesetze Mosis zu verstehen, und den Umfang ihrer Verbindlichkeit richtig zu beurtheilen, sind hier einige Bemerkungen vorauszuschicken. Soviel zuförderst die Ordnung und Verbindung derselben mit den übrigen mosaischen Gesetzen anlangt; so stehen sie in der Reihe der levitischen Ceremonialgesetze. Sie sollten folglich eben so, wie die übrigen Gesetze Mosis, von den Opfern, dem jährlichen Versöhnungsfeste, der Enthaltung von Blut- und Aaßessen, u. s. w. welche vorangehen, zunächst und eigentlich nur das Volk Israel verbinden. Doch machen sie gleichsam einen neuen Abschnitt aus, welcher mit den Worten anfängt, die Gott

3) Die vorzüglichsten Schriften sind *Jo. Barthold.* NIEMEIERI de coniugiis prohibitis Dissertationes iunctim editae. *Helmstadii* 1705. 4. *Ge. Henr.* AYRER Commentat. iuris eccles. de iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte prohibita. *Goett.* 1742. 4. Sect. III. pag. 97 — 160. Historische Abhandlung von den Ehegesetzen und den verbotenen Ehen. Bützow und Wismar 1761. 8. Nähere Entwickelung der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend. Tübingen 1785. 8. besonders aber Johann David Michaelis Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis, welche die Heyrathen in die nahe Freundschaft untersagen. 2. Aufl. Göttingen 1768. 4.

zu Mose sprach: Rede mit den Kindern Israel, und sprich zu ihnen: Ich bin der Herr euer Gott. Ein Beweis, daß nur den Israeliten, aber nicht allen Völkern der Erde, diese Gesetze gegeben seyn sollten. Denn Gott kündigt sich ihnen hier, als ihr Gott, als Oberherr und Beschützer eines von ihm damals auserwählten Volkes, des Volkes Gottes an, welches durch die ihm gegebenen Gesetze von allen andern Völkern unterschieden, vor der Verführung zur Abgötterey verwahrt, und zum Vertrauen auf Gott, als seinen König und höchsten Wohlthäter, ermuntert werden sollte. Denn Phil. Slevogt[4]) bemerkt sehr richtig, daß der Name Gottes mit dem Possessivum dein, oder euer, immer auf einen Beschützer und Führer, auf einen Wohlthäter (ἐνεργέτης) hindeute. Hierauf bezieht sich denn auch, was David Psalm CXLVII. v. 19. und 20. von Gott sagt: Er zeigt Israel seine Sitten und Rechte; so thut er keinem Heiden, noch läßt sie wissen seine Rechte. Nach diesem Eingange folgt nun 1) das allgemeine Verbot: Ihr sollt nicht thun nach den Werken des Landes Aegypten, darin ihr gewohnt habt, auch nicht nach den Werken des Landes Canaan, darein ich euch führen will. Ihr sollt euch nach ihren Sitten nicht richten; sondern nach meinen Rechten sollt ihr thun, und meine Gebote sollt ihr halten, daß ihr darinn wandelt, denn ich bin der Herr euer Gott. Offenbar giengen die Sitten der Aegyptier und Cananiter nicht blos auf Abgötterey, sondern auch auf Blutschande, auf die unter ihnen in Schwange gegangenen schändlichen Ehen, mit der leiblichen Schwester, mit der Stiefmutter, ja so-

4) Comm. in Marcum Cap. 12.

gar mit der rechten Mutter, und mit Mutter und Tochter zugleich, wodurch sich jene Länder damals in der Unsittlichkeit, besonders aber Canaan, auszeichneten [5]). Durch die Gesetze, welche Gott seinem Volke Israel durch Mosen bekanntmachen ließ, sollten also die Israeliten gegen jene Greuel verwahrt, und von allen andern Völkern, als das von Gott zu seinem Eigenthum erwählte Volk, unterschieden, und abgesondert werden. Hieraus erklärt sich denn auch, warum gerade jene Ehen am strengsten, ja zu wiederholten Malen verboten worden, hingegen derjenigen Ehen in den Gesetzen Mosis gar nicht gedacht wird, die auch bey jenen Völkern unerhört waren, wie z. B. die Ehe des Vaters mit seiner leiblichen Tochter, weil er eine solche Schandthat unter seinem beßer gezogenen und keuscheren Volke noch weniger vermuthete [6]). Die nun noch in 4. Vers hinzugefügte Belohnung, darum sollt ihr meine Gebote halten, und meine Rechte; denn welcher Mensch dieselben beobachtet, der wird dadurch leben, denn ich bin der Herr, beweist noch mehr, daß diese Gesetze nur allein die Israeliten angehen sollten. Denn darin sind alle Ausleger einverstanden, daß durch die Verheißung des Lebens, nicht jenes ewige Leben jenseits des Grabes angedeutet werden solle, wie aus der Androhung der Strafe sich ergiebt, welche die Uebertreter dieser Gesetze treffen wird, daß sie aus ihrem Volke ausgerottet werden, und des Todes sterben sollen. (XVIII. 29. XX.) Nein, die Verheißung eines glücklichen Lebens in dem verheißenen Lande Canaan. Denn ein so sinnlich denkendes Volk konnte nur durch

5) S. Michaelis angef. Abhandlung. Kap. 3. §. 32. S. 107.

6) Michaelis §. 96. S. 269 ff.

sinnliche Strafen, und sinnliche Belohnungen zum Gehorsam gegen die Gesetze angetrieben werden. Daher heißt es XX. 24. Ich will euch ein Land zum Erbe geben, darinn Milch und Honig fließt. Denn ich bin der Herr, euer Gott, der euch von den Völkern abgesondert hat. Wenn nun aber gleichwohl in dem Kap. XVIII. v. 24. ff. und Kap. XX. v. 22. ff. gesagt wird, daß um der Uebertretung dieser Gebote willen die Heiden aus dem Lande ausgestoßen werden sollten, welches Gott den Israeliten verheißen habe, und letztern dadurch ein desto stärkerer Antrieb gegeben wird, dieselben auf das heiligste zu beobachten, damit ihnen nicht ein gleiches Schicksal wiederfahre; so haben dieses mehrere, sowohl Theologen als Rechtsgelehrte [7]), für einen ganz entscheidenden Beweis annehmen wollen, daß die Ehegesetze Mosis für allgemeine, alle Menschen auf der ganzen Welt bis auf den heutigen Tag verbindende Gesetze gehalten werden müßten, gegen welche keine Dispensation Statt finde. Allein man ist jetzt ziemlich damit im Reinen, daß dieses eines Theils nur zur Rechtfertigung der gewaltsamen Eroberung Canaans von Mose gesagt, theils nur von solchen Geboten

7) Gerhard Loc. Theol. L. de coniugio. Oper. T. XV. pag. 280 sqq. edit. *Cott.* Joach. Lange Mosaisches Licht und Recht über Lev. 18. Joh. Fried. Gühling Anmerkungen zu Jerusalems Beantwortung der Frage, ob die Ehe mit der Schwester Tochter nach den göttlichen Gesetzen zuläßig sey? Chemnitz 1755. Ammon über das moralische Fundament der mosaischen Eheverbote. Göttingen 1798. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iuris canon. §. 389. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 368. Schmalz Handbuch des canonischen Rechts. §. 304 u. a.

zu verstehen ist, welche wider diejenigen Greuel der Unkeuschheit gerichtet sind, deren Unnatürlichkeit schon die Vernunft erkennt, und die also auch ohne alles ausdrückliche Gesetz schon an sich abscheulich und strafwürdig sind [8]. Dieß sind nun besonders diejenigen, welche im Kap. 20. angeführt werden. Man wende nicht ein, daß Kap. *XVIII.* V. 24. gesagt werde: Ihr sollt euch in dieser keinem verunreinigen, denn in diesem allen haben sich verunreiniget die Heiden, die ich vor euch her will ausstoßen; ja daß es V. 27. nochmals heiße: denn alle solche Greuel haben die Leute dieses Landes gethan, die vor euch waren, und haben das Land verunreiniget. Denn giengen gleich die Juden alle in dem ganzen Kap. *XVIII.* erwähnten Gebote an, so war doch der Grund ihrer Verbindlichkeit nicht überall derselbe, indem diese Gebote, wie von Niemand geläugnet wird, theils natürliche Sittengesetze, theils bürgerliche oder positive Gesetze sind. Nur die erstern, welche schon die Vernunft lehrt, und, wie der Apostel Paulus sagt, jedem Menschen ins Herz geschrieben sind, giengen auch die Heiden an, weil sie

8) Man vergleiche hier vorzüglich D. Joh. Phil. Gabler's theolog. Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe. Nürnberg und Altdorf 1797. 8. §. 7. uud Jerusalem's angef. Beantwortung der Frage rc. S. 28. ff. Diese einschränkende Erklärung billigten auch schon vorher Selden de iure natur. et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum Lib. V. cap. 11. pag. 662. Grotius in Annotation. in vet. Test. ad Lev. XVIII. v. 24. und de iure belli et P. Lib. II. Cap. V. §. 14. nr. 1 et 2. und Niemeier de coniugiis prohibitis. Diss. IX. §. 34—38.

keiner besondern Bekanntmachung bedurften. Sie mußten aber den Israeliten hier eben darum zugleich mit den übrigen blos positiven Gesetzen vor Augen gestellt werden, weil sie gerade die unter den Aegyptiern und Cananitern für erlaubt gehaltenen, öffentlich gebilligten, und auf die Götterlehre und Aberglauben dieser Völker sich gründenden Schandthaten, verboten. Diese einschränkende Erklärung lehrt erstens der Text selbst. Ich will mich hier nicht des Grundes bedienen, aus welchem man gewöhnlich diese einschränkende Erklärung zu rechtfertigen sucht, nämlich, daß sich V. 24. und die folgenden auf die nächst vorher V. 20—23. gemeldeten heidnischen Greuel bezögen, wie das zweymal gebrauchte Demonstrativum, *ellaeh*, anzeigen soll [9]). Denn schon Michaelis [10]) hat gegen dieses Argument sehr gründlich erinnert, daß sich im 20. Kap. unmittelbar nach den V. 11. bis 21. vorkommenden Ehegesetzen, V. 22. und 23. die sehr merkwürdigen Worte finden: So haltet nun alle meine Satzungen, und alle meine Rechte, und thut darnach, auf daß euch nicht das Land ausspeie, darein ich euch führe, daß ihr darin wohnt. Und wandelt nicht in den Satzungen der Heiden, die ich vor euch her ausstoßen werde. Denn solches alles haben sie gethan, und ich habe einen Greuel an ihnen gehabt. Es ist vielmehr hier von solchen Greueln die Rede, worauf in den Gesetzen Mosis

9) S. die angef. Entwickel. der vornehmsten Streitfragen, die Ehen naher Blutsfreunde betreffend. Kap. 2. §. 12. S. 298. und D. Joh. Phil. Gabler's angeführtes Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vaters Bruders Wittwe. S. 27.

10) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. Kap. 3. §. 25 u. 26.

die Ausrottung aus dem Volke, die Todesstrafe gesetzt ist [11]). Der V. 29. Kap. *XVIII.* sagt ausdrücklich: Denn welche diese Greuel thun, derer Seelen sollen ausgerottet werden von ihrem Volk. Nun ist ja aber, wie wir in der Folge sehen werden, nicht auf alle Uebertretungen der mosaischen Eheverbote die Todesstrafe gesetzt. Nein, durch Androhung dieser Strafe hat Moses gerade diejenigen Eheverbote ausgezeichnet, welche sich auf das natürliche Sittengesetz gründen, und daher eine allgemeine und unabänderliche Verbindlichkeit haben, wie Michaelis [12]) selbst behauptet. Diese sind nun vorzüglich Kap. XX. enthalten, und so konnte denn Moses in Beziehung auf dieselben mit Recht sagen V. 23. denn solches alles haben sie gethan, die Heiden. Allein könnte man uns einwenden, auch im Kap. XVIII. in welchem doch nicht blos von natürlichen, sondern auch von blos positiven Eheverboten die Rede ist, wird ja ebenfalls V. 27. gesagt, daß alle solche Greuel die Heiden gethan hätten; und vorher V. 24. in diesem allen haben sich verunreiniget die Heiden. Michaelis [13]) macht uns daher besonders auf

11) Ausrottung aus dem Volke wird nach der im Jüdischen Recht hergebrachten Auslegung gewöhnlich von einer Lebensstrafe verstanden. 2. B. Mos. *XXXI.* v. 14. 3. B. Mos. *XVII.* 4. und so auch 3. B. Mos. *XVIII.* v. 29. vergl. mit Hebräer X. 28. S. Michaelis mosaisches Recht 5. Th. §. 237. Es wird dieses noch mehr dadurch bestärkt, daß Kap. XVIII. 5. demjenigen, welcher die hier vorgeschriebenen Gebote hält, zur Belohnung verheißen wird, daß er dadurch leben werde.

12) Angef. Abhandlung Kap. 3. §. 32. S. 108.

13) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 25. S. 86.

das hebräische Wort בכל, und בכל אלה, alle oder an diesem allen aufmerksam. Dieser Zweifel löset sich aber, wenn man sich erinnert, wie den Kundigen der hebräischen Sprache hier nicht entgehen wird, daß das Wort כל, eben so, wie das griechische πας in der H. Schrift nicht immer in dem sonst gewöhnlichen universellen Sinn genommen wird, sondern sehr oft auch nur viele oder die meisten anzeigt [14]. Wir sind aber auch zweytens jene einschränkende Erklärung selbst der Gerechtigkeit Gottes schuldig. Denn wie konnten Völker wegen der Uebertretung solcher Gebote, welche keine reine Natur- und Sittengesetze sind, sondern blos in den damaligen Zeitumständen, Sitten, und bürgerlichen Verhältnissen der Israeliten ihren Grund haben, (und deren sind mehrere in den mosaischen Eheverboten enthalten, wie in der Folge erscheinen wird) ja die sogar unter den Patriarchen, und in ihren Familien ungestraft übertreten worden sind [15], ohne offenbare Ungerechtigkeit, mit gänzlicher Vertreibung und Ausrottung aus ihrem Lande bestraft werden, da ihnen diese Gesetze nicht waren bekanntgemacht worden [16]? Es wird jedoch die Frage von der Dispensation gegen

14) Man vergleiche z. B. 2. Samuel *XVI.* V. 22. und *XVII.* V. 14. 1. Thessalon. *V.* 5. S. die angef. Entwickelung der vornehmsten Streitfragen rc. S. 298.

15) So hatte Jacob zwey Schwestern zugleich, die Lea und Rahel, zwey Töchter Labans, zur Ehe. 1. B. Mos. *XXIX.* V. 16—30. und Amram hatte seines Vaters Schwester, die Jochebed geheyrathet, aus welcher Ehe Aaron und Moses gebohren worden sind. 2. B. Mose *VI.* V. 20. und 4. B. Mos. *XXVI.* V. 58 u. 59.

16) S. den 1. Th. dieses Commentars §. 22. S. 151 f.

die mosaischen Eheverbote weiter unten noch genauer erörtert werden.

Nach diesem allgemeinen Eingange folgen nun 2) vom V. 6 — 23. die Eheverbote selbst. An der Spitze derselben steht ein generelles Verbot, welches nach Luthers Uebersetzung so lautet: Niemand soll sich zu seiner nächsten Blutsfreundin thun, ihre Schaam zu blößen; denn ich bin der Herr. Die in dem hebräischen Text vorkommenden Worte *Scheer basar* haben zu mancherley Erklärungen dieser Stelle Anlaß gegeben. Man übersetzt sie gewöhnlich durch *caro carnis* [17]), und glaubt denn darnach die Grenze der mosaischen Eheverbote abmessen zu können. Daher legen einige diesen Worten einen eingeschränkteren, andere einen ausgedehnteren Sinn bey. Baumgarten [18]) will den V. 6. nicht für ein generelles Princip aller mosaischen Eheverbote anerkennen, sondern nur solcher, die in dem Natur- und Sittengesetz gegründet sind. Die Worte *Scheer basar* sollen also solche Grade der Verwandtschaft bezeichnen, in welchen die Ehen schon nach allgemeinen Vernunftgründen unerlaubt sind. Er zieht hieraus die Folge, daß alle diejenigen Eheverbote, wo die Personen sich nicht wie caro carnis, sondern nur wie caro carnis carnis, wie mit des Vatersschwester, V. 12. oder gar wie caro carnis carnis carnis, wie mit des Vatersbruders Wittwe, V. 14. verhielten, keine natürlichen, sondern blos bürgerliche Gesetze der Juden wären, folglich keine allgemeine Verbindlich-

17) Vergl. *Christph. Matth.* Pfaff Diss. de non appropinquando ad carnem carnis suae.

18) Theolog. Gutachten 2. Samml. S. 164 ff. und in der Vorrede besonders S. 30 ff.

keit hätten. Er unterscheidet hiernächst zwischen Scheer und Scheer basar, und unterscheidet beydes so von einander, daß jenes die unmittelbaren Verwandten nämlich die Ascendenten und Descendenten, und deren Ehegatten, dieses hingegen die nächsten mittelbaren Verwandten, nämlich die Geschwister bedeute. So seyen also Kinder das Scheer, das Fleisch ihrer Eltern, gegen einander aber seyen sie Scheer basar, caro carnis, denn ihre Verbindung ist nur mittelbar, nämlich vermittelst der Eltern, aber auch die nächste mittelbare Verbindung. Allein daß dieser Unterschied ganz ungegründet, und dem hebräischen Sprachgebrauche gar nicht gemäß sey, haben Michaelis [19]) und Gabler [20]) ganz augenscheinlich dargethan. Sie haben dieser Erklärung den sie völlig vernichtenden Grund entgegen gesetzt, daß das Wort Scheer 4. B. Mos. *XXVII.* V. 8—11. auch von Geschwisterkindern gebraucht worden, die doch keine unmittelbare Blutsfreunde sind, ja daß 3. B. Mos. *XXV.* V. 49. das Scheer basar sogar von Nachgeschwisterkindern, also von einem solchen Grade der Verwandtschaft gebraucht werde, der nach Baumgartens Erklärung durch caro carnis carnis carnis hätte bezeichnet werden müßen; zum deutlichen Beweise, daß der Hebräer bey Scheer basar an keinen bestimmten Grad der Verwandtschaft gedacht habe. Ich übergehe die nicht sehr davon unterschiedene Erklärung des Ungenannten in der schon oben angeführten Abhandlung von den Ehegesetzen und den verbotenen Ehen, §. 4. welche Gabler [21])

19) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 18.

20) Angef. Gutachten über die Zuläßigkeit der Ehe mit des Vatersbr. Wittwe im Anhange. S. 94 ff.

21) Angef. Gutachten im Anhange S. 97. Not. *.

geprüft, und die des Cons. Raths Jacobi im 4. Th. seiner Betrachtungen über die weisen Absichten Gottes S. 338. ff. welche Michaelis [22]) widerlegt hat. Alle diese Erklärungen kommen übrigens darin überein, daß 3. B. Mos. *XVIII.* V. 6. nicht für ein allgemeines Verbot, keine nahe Verwandte zu heyrathen, welches die darauf folgenden einzelnen Gebote unter sich begreife, und durch sie erklärt werde, zu halten sey. Ganz davon abweichend ist nun aber die Ansicht derer, welche den V. 6. zu einem Generalprincip aller mosaischen Eheverbote machen wollen, das durch die in diesem Kap nachfolgende einzelne Verbote nur exemplificirt werde, von denen also der Schluß auf andere Fälle gelte, welche, wenn sie auch in den Worten nicht ausgedrückt sind, doch jenen, dem Grade nach, gleich seyen. Unter den ältern Theologen waren besonders Chemnitz und Gerhard, Kettner und Zeltner, so wie unter den Rechtsgelehrten Hopp, Nävius, Linck, Götsch, und Weber, welche Ayrer [23]) anführt, dieser Erklärung zugethan. Unter den neuern Theologen Christ. Matth. Pfaff [24]), und Joachim Lange [25]), unter den Rechtsgelehrten aber Joh. Herm. Becker [26]). Bey dieser Verschiedenheit der Erklärungen geht man wohl unstreitig den sichersten Weg, wenn man sich blos an den

22) Angef. Abhandl. §. 17. S. 51 f.

23) Comm. de iure dispensandi circa connubia iure divino non diserte prohibita. Sect. III. §. 27.

24) Diss. de non appropinquando ad carnem carnis suae pag. 11.

25) Mosaisches Licht und Recht S. 695. und S. 765 ff.

26) Anmerkung über die ehelichen Gesetze, und den Grund ihrer erweiterten Erklärung. Greifswald 1749. 4.

Wortverstand hält. Das hebräische Wort שאר, Scheer, heißt nun aber ursprünglich ein Stück, besonders ein Stück Fleisch, daher die abgeleitete Bedeutung von *Residuum* überhaupt, was übrig ist [27]. Alsdann bedeutet es auch das Fleisch, oder den Körper selbst [28], wofür in der LXX gewöhnlich *σαρξ* und *σωμα* gesetzt wird. Endlich heißt es auch ein naher Verwandter, welchen die Hebräer sonst *Goel*, den Bluträcher, nennen. Daher sagte Laban zu seinem Schwestersohne, dem Jacob, du bist mein Fleisch [29]. Eben so sagte Juda von Joseph, seinem Bruder: er ist unser Bruder, unser Fleisch [30]; und Abimelech sprach zu den Brüdern seiner Mutter, und dem ganzen Geschlechte des Vaters seiner Mutter: gedenket, daß ich euer Fleisch bin [31]. In dieser Bedeutung wird nun das Wort *Scheer* auch in den mosaischen Ehegesetzen [32] genommen, wenn es allein steht, also für einen nahen Verwandten, er sey es durch Abstammung (consanguineus), oder durch eheliche Verbindung (affinis) wo also das abstractum pro concreto steht [33]. Das hebräische Wort *Basar*,

27) Jesaia *X.* V. 20. *XIV.* 22.

28) Psalm *LXXIII.* 26. *LXXVIII.* 20. Sprüche Salom. *XI.* 17. Micha *III.* 2 u. 3.

29) 1. B. Mos. *XXIX.* v. 14.

30) 1. B. Mos. *XXXVII.* v. 27. Man sehe auch 2. Samuel. *V.* 1. *XIX.* V. 12 u. 13.

31) Buch der Richter *IX.* v. 1. 2. u. 3.

32) 3. B. Mos. *XVIII.* V. 12. 13 und 17.

33) S. Niemeier Diss. de coniugiis consanguineorum iure divino prohibitis. §. 15. Michaelis Abh. von den Ehe

בשר. bedeutet nun zwar auch Fleisch. Daher die Uebersetzung von Scheer basar durch caro carnis. Allein in dieser Verbindung mit Basar hat Scheer die allgemeine Bedeutung von Stück, particula; nur wo es allein steht, hat es die besondere Bedeutung: Stück Fleisch, particula carnis. Die Ausdrücke: Scheer und Scheer basar, sind demnach völlig gleichbedeutend. Aus allen ergiebt sich nun, daß der Ausdruck: *Scheer basar*, jede nahe Verwandtschaft ohne Unterschied bedeuten soll, sie sey durch natürliche Abstammung, oder durch eheliche Verbindung entstanden, denn beydes wird in den mosaischen Ehegesetzen darunter begriffen. Hierin kommen denn auch alle alte Uebersetzer mit einander überein. Denn so haben die LXX. *πάντα οἰκεῖα σαρκὸς ἀυτοῦ*, omnis propinquitas carnis suae. Eben so der chaldäische und syrische Uebersetzer, und eben so die lateinische Vulgata, wie Michaelis [34]) schon bemerkt hat. Sehr richtig hat daher auch Luther das Scheer basar durch nächste Blutsfreundin übersetzt. Denn darunter ist dann auch die nächste Schwiegerin begriffen, weil auch diejenige Verwandtschaft, welche aus der ehelichen Verbindung mit dem Blutsfreunde einer Person entsteht, nach der sinnlichen Denkart des Morgenländers eine leibliche Verwandtschaft genennt wird, da Mann und Frau ein Leib sind; so wie denn auch das griechische Wort *οἰκεῖα* die Verschwägerung mit unter sich begreift [35]). Da nun aber doch der Ausdruck Scheer basar, wie oben bemerkt worden, von Mose selbst, in einer so ausgedehn-

ges. Mosis. §. 16. und Gabler angef. Gutachten im Anhange S. 98 f.

34) Angef. Abh. §. 15. S. 44.

35) a. a. O. S. 43.

ten Bedeutung genommen wird, daß sogar auch Nachgeschwister Kinder darunter begriffen sind [36]; deren Ehen doch ohne allen Zweifel erlaubt waren; so geht hieraus klar hervor, daß aus dem blosen Worte Scheer basar nicht entschieden werden könne, wie weit die Ehen mit Verwandten unter den Hebräern verboten gewesen seyn. Es können daher die Grenzen der mosaischen Eheverbote nur durch die nachstehenden Ehegesetze selbst bestimmt werden. Keinesweges aber läßt sich behaupten, daß die einzelnen Eheverbote, als bloße Beyspiele zu betrachten wären, wodurch der Grad der Blutsfreundschaft und Schwägerschaft angedeutet werden solle. Eine Erklärungsart, gegen welche schon Luther eiferte. „Gott rechnet nicht nach den Gliedern, wie die Juristen thun, sagt er in seinem Buche vom ehelichen Leben [37]), sondern zählet straks die Personen. Sonst weil Vaters Schwester und Bruders Tochter in gleichem Grade sind, müßte ich sagen, daß ich entweder meines Bruders Tochter nicht nehmen könnte, oder auch meines Vaters Schwester nehmen möchte. Nun hat Gott des Vaters Schwester verboten, und des Bruders Tochter nicht verboten, die doch in gleichem Gliede sind.“ Auch Bellarmin [38]) verwarf die Erklärung nach Graden, und so die meisten Theologen [39]) und Rechtsgelehrten [40]). Ich will nicht einmal erwähnen,

36) 3. B. Mos. XXV. V. 49.

37) In Luthers Werken. 2. Th. S. 165. der jenaischen Ausgabe.

38) De matrimonii sacramento. Cap. 27.

39) Niemeier de coniugiis prohibit. Diss. V. §. 27—29. Spener Consil. theol. P. II. Cons. 4. pag. 105. Jerusalem Beantwortung der Frage: ob die Ehe mit des Bruders Wittwe erlaubt sey? S. 43—82. besonders Michaelis Abh. von den Ehegesetzen Mos. Kap. VII. §. 81—107. u. Schlegel Darstellung der verbotenen Grade. S. 103 f.

40) Ayrer Commentat. cit. Sect. III. §. 17. seqq. welcher auch §. 32. die ältern Rechtsgelehrten anführt. Unter den neuern, außer Hellfeld. *Ge. Lud.* Boehmer Princip. iur. can. §. 398. Schott Eherecht §. 128. Not. **. Hofacker Princ. iur. civ. R. G. Tom. I. §. 360. Not. b. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 1. Th. §. 400. und Gambsjaeger ius eccl. §. 229.

daß die Berechnung der Grade eine viel neuere Erfindung ist, als daß sie bey der Erklärung der mosaischen Ehegesetze angewendet werden könne; zumahl da hierin selbst das Römische und Canonische Recht von einander abweichen. Allein ganz entscheidend ist der Grund, den schon Luther brauchte, daß Moses in gleichem Grade Ehen erlaubt, und Ehen verboten habe. Aber noch entscheidender ist der Beweis, daß bey den von Mose nicht ausdrücklich verbotenen Ehen nicht immer ein gleicher Grund vorhanden ist, wie bey denen, welche er genannt hat, wenn auch Gleichheit des Grades vorhanden ist [41]). Es kann also von diesen auf jene kein Schluß gelten. Wozu wäre denn auch die öftere Wiederholung solcher Ehen nöthig gewesen, wo die Personen, unter denen sie verboten sind, in ganz gleichem Grade stehen, wenn Moses gewollt hätte, daß seine Ehegesetze nach den Graden ausgelegt werden sollten? In der That mußte auch Moses schon aus Politik die Ehen in der Verwandtschaft möglichst begünstigen, damit das Erbtheil nicht in einen fremden Stamm gebracht werden möchte [42]). Dieser Umstand allein muß der einschränkenden Erklärung seiner Ehegesetze schon den Vorzug gewähren, wenn man überdem erwägt, daß bey den Hebräern, nach deren Sitten man das andre Geschlecht nur verschleyert zu sehen bekam, der freye Zutritt zu einem unverhüllten Frauenzimmer gerade eben so, wie, nach Plutarchs Zeugniß, bey den Römern ehemals der Kuß, den man den nächsten Blutsfreundinnen geben durfte [43]), die Grenze der Eheverbote in der Verwandtschaft bestimmte. Denn die Freyheit, gewisse Verwandtinnen unverschleyert zu sehen, geht noch jetzt bey den Morgenländern gerade so weit, als Moses die Ehen verboten hat; und hört da auf, wo die Ehen nach seinem Gesetz erlaubt sind, wie Michaelis [44]) aus einer Stelle des Korans augenscheinlich dargethan hat.

41) S. Michaelis §. 101. 102. u. 103.
42) 4. B. Mos. *XXXVI*. V. 6—12.
43) S. den 23. Th. dieses Commentars. §. 1213. S. 291.
44) Abh. von den Ehegesetzen Mosis. §. 69 u. 94.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 24,1

Erlangen (1823)

J.rom.c. 137-24,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565420-9
VD18 90225260